UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI CRITIQUE

SUR LA

NOTION DE PATRIMOINE

DANS LA DOCTRINE CLASSIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Mercredi 16 Novembre 1910, à 1 h. 1/2 du soir

PAR

Henri GAZIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

1er Prix : Droit romain; Droit administratif; Droit civil;

2e Prix : Droit civil; Procédure civile.

SOUS LA PRÉSIDENCE DE M. EUG. GAUDEMET, PROFESSEUR

SUFFRAGANTS : M. HÉMARD, PROFESSEUR; M. HUGUENEY, AGRÉGÉ

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI CRITIQUE

SUR LA

NOTION DE PATRIMOINE

DANS LA DOCTRINE CLASSIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Mercredi 16 Novembre 1910, à 1 h. 1/2 du soir

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

PAR

Henri GAZIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

1ers Prix : Droit romain; Droit administratif; Droit civil;

2e Prix : Droit civil; Procédure civile.

SOUS LA PRÉSIDENCE DE M. EUG. GAUDEMET, PROFESSEUR

SUFFRAGANTS : M. HÉMARD, PROFESSEUR; M. HUGUENEY, AGRÉGÉ

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

INTRODUCTION

Intérêt du sujet. — Intérêt pratique. — Intérêt théorique. — Intérêt méthodologique. — La notion du patrimoine selon les résultats de la méthode d'interprétation classique. — Méthode et plan.

Une étude sur la notion de patrimoine, n'est-ce point quelque travail abstrait, sans utilité pour le praticien, sans valeur pour le théoricien ?... Telle est la première impression produite par l'intitulé d'un semblable sujet. Tels sont les premiers mots que prononcent les lèvres défiantes ou sceptiques,..

Comme beaucoup d'aperçus superficiels, cette idée première est fort inexacte. Interrogez en effet l'interlocuteur, demandez lui ce qu'est le patrimoine. Il ne peut répondre. Voilà un mot qu'il emploie tous les jours. Il n'en connaît point la signification exacte. Il s'en sert dans plusieurs sens très différents. En y réfléchissant cependant, il se rappellera qu'une théorie sur la nature du patrimoine existe... Encore qu'il ne perçoive pas nettement de quelle utilité a jamais pu être cette superbe construction entrevue jadis dans les livres, il conviendra qu'une notion aussi générale, à laquelle sont liés tant

de problèmes divers (séparation des patrimoines dans la question des successions, distinction des patrimoines propres et communs en matière de régimes matrimoniaux, opposition du fonds social et des patrimoines personnels des associés en ce qui concerne sociétés ou associations...) doit offrir cependant un intérêt *théorique* et *pratique* considérable.

Le discrédit qu'attachent certains esprits, un peu prompts dans leurs jugements sans doute, à des constructions aussi vastes que celle du patrimoine ne tient-il pas précisément à la méthode restée trop longtemps inspiratrice de pareils essais ? N'est-ce pas elle qu'il faut, en pareil cas, rendre responsable des solutions proposées, solutions inexactes en tant qu'interprétation des faits, dangereuses parce que fermant la porte à toute innovation doctrinale, jurisprudentielle, ou même législative? Telle est la question qu'on est alors tenté de se poser. Ainsi apparaît le troisième intérêt de notre étude, son intérêt *méthodologique*.

Au point de vue *théorique* la notion de patrimoine soulève des problèmes nombreux et importants.

Il ne s'agit rien moins que de savoir comment les biens seront groupés. La personne humaine, suppléée parfois par ce que l'on nomme la personne morale, sera-t-elle le lien qui les réunira en masses unifiées? Ou bien le but sera-t-il le centre autour duquel graviteront les différents objets de nos droits? C'est l'interrogation tant de fois renouvelée depuis Ihéring : le droit doit-il être envisagé du point de vue causal ou du point de vue final ? L'utilité, le but sont-ils l'essence même du droit ? Ce but ne doit-il pas, d'autre part, représenter quelque intérêt humain ? Le droit n'est-il pas fait pour l'homme ? Et encore que les

différents droits soient groupés en unités complexes selon les fins diverses auxquelles ils se rapportent, ne doivent-ils point individuellement appartenir à des personnes, qui aient sur eux un pouvoir de disposition et la faculté de les défendre comme quelque chose à elles propre ? Voilà la controverse entre le droit subjectif et le droit objectif soulevée à son tour.

D'un autre côté la nature du patrimoine est dépendante de la nature même des éléments qui le composent. Les concepts de « droit réel » et de « droit de créance » seront donc analysés. Il faudra savoir si l'obligation est arrivée à une patrimonialisation complète ou si elle est encore un lien personnel. Comment les obligations pourront-elles, en effet, survivre à la personne de celui qui les a contractées ? Devra-t-on recourir à l'idée de continuation de la personne du défunt ? L'idée de succession *au patrimoine* s'identifie-t-elle avec cette ancienne conception ? Autant de questions spéculatives en relation directe avec la notion du patrimoine. Ils l'ont bien vu ceux qui, tout récemment encore, ont étudié l'un de ces points : l'idée de continuation de la personne (1). Ils ont dû consacrer quelques pages à la notion du patrimoine dans la doctrine classique, à sa réfutation et parfois à un essai de reconstruction.

Sous leurs efforts l'édifice est ébranlé. La théorie du patrimoine subit une véritable crise. Et dans son « traité élémentaire » M. Planiol, après avoir exposé la conception du patrimoine selon les résultats de la méthode clas-

(1) Cf. Percerou, La liquidation du passif héréditaire en droit français (*Revue trimest.* 1905, p. 335 et suiv.) ; Jallu, *Thèse* 1902, p. 84 à 113 ; Cazelles, *Thèse* 1905, p. 367 à 392.

sique croit devoir ajouter, en note, quelques réserves. « Je suis ici, dit-il, la théorie qui a cours actuellement. On peut se demander jusqu'à quel point elle est fondée... ne commet-on pas quelque confusion entre le patrimoine qui est l'ensemble des biens et la personnalité qui est l'aptitude à posséder (1) ? » Il y a là, nous a-t-il semblé, l'indication d'une étude à entreprendre, pour elle-même, afin de noter les coups portés à la conception ancienne, les points acquis et de faire la synthèse de tout ce que contiennent sur ce sujet, souvent implicitement, certaines vues doctrinales développées à propos d'autres problèmes, la jurisprudence moderne, parfois même des lois récentes ?...

Intérêt pratique. — Critiquer la notion du patrimoine, telle que l'a formulée la doctrine classique, essayer d'en montrer les erreurs, et par cet examen même permettre d'entrevoir une conception nouvelle, n'est point, toutefois, livrer un combat à des idées pures et sans rapport aucun avec les réalités concrètes. Il y a là au contraire quelque chose de très vivant.

Chaque distinction, chaque création de patrimoine a sa répercussion *immédiate sur le terrain pratique sous*

(1) Planiol, *Traité élémentaire*, t. Ier (5e édit., 1908), p. 682, note 1 (no 2.149). M. le professeur Hémard, à son cours, critique la notion du patrimoine généralement admise aujourd'hui. La théorie du patrimoine attire également l'attention des jurisconsultes étrangers. Elle inspirait récemment à M. Kohler un article paru dans le vol. 22 de « *Archiv für das Burgerliche Recht* » : das Vermögen als sachenrechthiche Einheit et à M. Metzlény une monographie éditée par les « *Abhanlungen zun Schweizerischen Recht* » : Dab Vermogen im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich und im schwizerischen Zivilgesetzbuch (1908, cahier 29).

forme de séparation de créanciers. Tout patrimoine renferme, en effet ses dettes propres ; contient un passif dont son actif et le plus souvent son actif seul est la contre partie.

La discussion entière d'ailleurs s'appuiera sur la vie juridique réelle, à laquelle est intimement liée la définition du patrimoine.

Celle-ci une fois donnée est, en effet, de nature à préjuger la solution de nombre d'hypothèses pratiques. Suivant que l'on adoptera tel ou tel concept du patrimoine on sera ou hostile ou favorable à telle ou telle interprétation que semble aujourd'hui exiger l'évolution des faits économiques et sociaux et des idées juridiques qui s'efforcent de les traduire. Exposer quelques-uns des problèmes que la notion du patrimoine domine incontestablement serait long et fastidieux. Dans un aride résumé viendraient se ranger toutes les questions tour à tour étudiées au cours de ce travail. Indiquons seulement les plus actuelles : fondations, associations non déclarées, pécule de la femme mariée ouvrière ou commerçante... autant de sujets qui occupent depuis quelques années l'attention des jurisconsultes. Comment réaliser une fondation ? Que deviennent les biens qui y sont consacrés lorsque le but auquel elle correspond ne peut plus être rempli ? Comment une association non déclarée peut-elle vivre ? Quels sont les créanciers qui ont droit sur le patrimoine réservé à l'administration de la femme par la loi de 1907 ? Ces créanciers auront-ils sur le pécule un droit de préférence à l'encontre d'autres créanciers de la femme ou du mari ? Voilà nombre de questions qui obligent à reprendre l'étude de la notion de patrimoine...

Il semble en effet que les moules anciens éclatent. Le

droit s'y sent trop à l'étroit. Les nécessités pratiques ne peuvent s'y plier. Et si les besoins de la vie juridique débordent aujourd'hui des cadres que l'on avait cru définitifs, n'est-ce point parce que, sans aucun souci des faits et du droit vécu, on s'était hâté de construire trop tôt et trop vite une conception abstraite du patrimoine, en érigeant en principes quelques observations hâtives et en tirant de ces principes des déductions rigides ?

Que l'on se borne à examiner les applications du droit dans le domaine des faits et les décisions imposées alors par une sorte d'intuition juridique, que l'on cherche à les expliquer par une théorie — simple hypothèse grâce à laquelle notre esprit pourra les saisir toutes à la fois — on aura construit un système tout provisoire. La pratique pourra librement le rejeter quand l'évolution postérieure en aure montré l'insuffisance ou l'erreur.

Ce sont donc toujours les réalités du droit appliqué qui servent de pivot à ce débat. Elles en sont l'intérêt et l'enjeu. La théorie classique du patrimoine a été élaborée de façon à se soumettre les faits. Nous cherchons à montrer ce que serait une notion du patrimoine soumise aux faits, dont le but serait de les expliquer, non point de les régenter.

Intérêt méthodologique. — Ceci nous amène tout naturellement à la question méthodologique.

Dans un remarquable ouvrage, paru il y a une dizaine d'années, ouvrage qui a marqué dans la science juridique une phase nouvelle, M. Gény (1) indiquait, à titre d'exemple d'abus des abstractions logiques dans la mé-

(1) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, octobre 1899, pp. 126 à 129.

thode juridique traditionnelle, la construction du patrimoine.

Ce sont les idées alors esquissées en deux pages par l'auteur de la « méthode d'interprétation » — le cadre de son livre ne lui permettait pas de donner à cette critique plus d'ampleur, — que nous avons essayé de développer au cours de cette étude N'y avait-il pas quelque témérité à tenter pareille entreprise ? Nous comptons sur l'indulgence du lecteur et le prions de ne voir en ces pages qu'un essai. Nous serions heureux si cet essai pouvait mettre quelques points nouveaux en lumière. Cela suffirait pour que nous n'ayons pas fait œuvre inutile.

Ce passage de M. Gény a été véritablement l'inspirateur de notre travail. Nous avons eu pour objectif de mettre en puissant relief un vice de la méthode classique : « l'emploi de *conceptions* pures, développées par une logique toute abstraite ». Il y a en effet dans la notion du patrimoine, telle que l'a comprise l'école classique, un exemple remarquable de ces conceptions créées par l'esprit et complètement détachées des réalités. Semblables constructions caractérisent précisément une tendance méthodologique extrêmement dangereuse. Elles sont un échafaudage dressé *a priori* par l'esprit et regardé comme pourvu d'une valeur nécessaire, absolue et permanente. Montrer combien cet échafaudage est peu solide, c'est mettre en relief l'abus qui consiste « à envisager comme douées d'une réalité objective permanente des conceptions idéales provisoires et purement subjectives de leur nature » (1). Cette critique indiquera encore comment la première faute de méthode signalée aboutit

(1) Gény, *Méthode*, p. 115.

ici à la création d'une catégorie juridique prédéterminée et immuable : le patrimoine. Celui-ci, nous le verrons, fait peser sur toutes les situations qu'il régit trois dogmes inflexibles déduits de son essence même, « insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie ».

La prétendue logique qui féconde la notion du patrimoine et en tire par voie de déduction des règles de droit rationnel n'est que le développement même du postulat *a priori* qui a servi à la former. Alors qu'une telle construction devrait rester à l'état d'hypothèse, elle est présentée comme l'expression nécessaire de toute réalité, comme issue de la nature même des choses. Elle s'impose ainsi à l'interprète malgré la contradiction qu'en elle peut trouver la réalisation des besoins sociaux les plus pressants. Il en résulte « une limitation et une rigidité de vues contraire à tout progrès » (1).

Notre étude signalera jusqu'à quel point la conception abstraite du patrimoine est susceptible de porter obstacle à l'essor de la législation, de l'interprétation positive, jurisprudentielle ou doctrinale, embarrassées dans des formules tenues pour rationnellement définitives.

Il est temps d'illustrer cette description abstraite de la méthode qui a présidé à la formation de la notion classique du patrimoine, cet examen de ses procédés et de ses défauts de logique, par l'exposé de ses résultats.

La Notion classique du Patrimoine.

Dans les premiers interprètes du Code, il ne se trouve aucune étude d'ensemble sur le patrimoine. Les auteurs

(1) Cf. Gény, *Méthode*, p. 132.

suivent la loi pas à pas, article par article. Ils ne se livrent jamais à des études générales (1). Leurs idées sur le patrimoine sont éparses. Elles trouvent place dans l'étude de questions juridiques plus concrètes, des successions par exemple. Elles sont extrêmement vagues et brèves. Ces commentateurs se servent du mot *patrimoine* comme d'un vocable compris de tout le monde et ne se donnent même pas la peine de l'expliquer.

Le premier, Zachariæ, édifia une théorie générale du patrimoine en droit français. Au cours des retouches, des remaniements, des développements qu'ils firent subir à l'ouvrage allemand dans les éditions successives qu'ils en donnèrent, MM. Aubry et Rau complétèrent la puissante synthèse tentée par le professeur de Heidelberg et en exagérèrent encore le caractère logique rigoureux et abstrait.

Voici cette superbe construction, harmonieuse en toutes ses parties bien agencées. Nous tenons au seuil même de cette étude à en donner un aperçu tout objectif.

MM. Aubry et Rau posent comme un axiome fondamental l'union intime dn patrimoine et de la personnalité. A leur sens, le patrimoine constitue un prolongement de l'individualité de l'homme. Il est « l'émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne est investie comme telle » (2). Les deux notions de patrimoine et de personnalité leur

(1) L'on était si peu habitué en France aux constructions abstraites déjà familières aux juristes germains, que MM. Aubry et Rau s'excusent en quelque sorte, dans une note, de donner au public français, la théorie générale due à Zachariæ. Cf. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français* (4e édit. T. VI, p. 228, note 1).

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 231.

paraissent étroitement liées. Ils sont tous près de les regarder comme identiques : « Le patrimoine étant, disent-ils (1), dans sa plus haute expression la personnalité même de l'homme considéré dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il a ou il pourra avoir des droits à exercer (2). »

Conceptions étroitement unies, le patrimoine et la personnalité sont inséparables. Et la dépendance établie entre les deux notions amenait logiquement MM. Aubry et Rau à leur attribuer les mêmes qualités juridiques

L'affirmation première des éminents auteurs : « l'idée du patrimoine se déduit logiquement de celle de la personnalité » (2) n'est pas spéculation pure. C'est l'énoncé d'une vérité première,d'un dogme fondamental.

Toute la théorie du patrimoine va en être dégagée, et se dérouler avec une rigueur géométrique comme une suite de théorèmes et de corollaires. Elle apparaîtra ainsi avec une forte armature scientifique et un cachet de vérité démontrée.

A la lumière de ce postulat, MM. Aubry et Rau mettront en relief les caractères rationnels et nécessaires du patrimoine dans toute législation. La logique abstraite

(1) P. 230, note 6, *op. cit.* et *loc. cit.* — Cf. Neumer, *Wesen*, p. 90 ; Birckmeyer, *Uber das Vermögen im juristischen Sinne*, Erlangen, 1879, p. 309 : « Das Vermögen ist ein Attribut der Person » ; « In Wahrheit aber ist das V. ein Ausfluss der Persönnlichkeit und solange es überhanpt an eine person geknüpft ist, auf das Innigste mit den Person verbunden... das V. als Attribut der Person, als Theil der Rechts Persönlichkeit betrachtet, nennen wir das Vermögen im subjectiven Sinne. »

(2) Aubry et Rau, *op.* et *loc. cit.*, p. 230, note 6.

(3) Aubry et Rau, *op.* et *loc. cit.*, p. 229. — Cf. Capitant, *Introduction* (1898), p. 185.

leur permet de dominer les questions contingentes de temps et de lieu, d'aboutir à des solutions absolues et au Droit en soi.

Les deux traits essentiels du patrimoine sont l'*inaliénabilité*, l'*indivisibilité*. Comme la personne humaine le patrimoine est un et indivisible, comme elle, il est incessible et inaliénable. *Cette corrélation entre le patrimoine et la personnalité* parait enfin à MM. Aubry et Rau si absolue qu'ils en viennent à établir une véritable équation entre les deux notions et aboutissent, en dernier lieu à une complète *fusion entre les deux concepts*, fusion qu'ils expriment dans les deux propositions suivantes :

1° Les personnes seules peuvent avoir un patrimoine :

2° Toute personne a nécessairement un patrimoine alors même qu'elle ne possèderait actuellement aucun bien (1).

Comment ces vérités secondaires se lient élégamment à la définition première, nous allons le montrer en les reprenant une à une.

§ I. — Inaliénabilité du patrimoine.

« L'ensemble des biens d'une personne ne constituant une universalité de droit que parce qu'il se confond pour ainsi dire avec sa personnalité, l'essence même du patrimoine s'oppose à ce qu'il puisse former comme tel du

(1) Aubry et Rau, *op.* et *loc. cit.*, p. 231. Cf. sur la dernière proposition Puchta *Instituten*, t. II, § 193 : « ...so dass ein Vermögen existirt auch wenn die Activa durch die Passiva erreicht oder uberschritten werden. »

vivant de cette personne l'objet d'un droit réel au profit d'un tiers » (1). De ces prémisses, posés par MM. Aubry et Rau, découle avec logique, l'inaliénabilité du patrimoine. « Le patrimoine est inaliénable, assurent les savants auteurs. L'idée de l'aliénation du patrimoine présenterait un véritable contre-sens, puisque, n'ayant pas d'existence propre et indépendante, il ne saurait se comprendre détaché de la personne à laquelle il appartient. »

Il y a plus : « Le principe de l'inaliénabilité du patrimoine, incontestable au point de vue de la théorie, a été implicitement consacré par notre code civil » (2). C'est à lui que MM. Aubry et Rau rattachent la prohibition des pactes sur succession future. Ils sont obligés de le reconnaître, cependant, mais à regret, les législations positives n'ont pas toujours respecté la beauté harmonieuse et régulière du droit rationnel. A l'inaliénabilité du patrimoine, il y a des « exceptions fondées sur la faveur dont les contrats de mariage ont toujours joui en France ». Le Code civil permet les donations universelles et à titre universel de biens à venir ou de biens présents et à venir. Les continuateurs de Zachariæ assurent du reste que « les dispositions du Code civil relatives aux sociétés universelles en général et à la communauté conjugale en particulier, ne sont nullement en opposition avec le principe de l'inaliénabilité du patrimoine : en formant une société universelle on n'aliène pas son patrimoine. »

Le principe dégagé par MM. Aubry et Rau est au dessus des droits positifs, il les domine et les féconde, partout où ils ne lui opposent pas un illogique démenti. Il

(1) Aubry et Rau, p. 240.
(2) Aubry et Rau, p. 242.

obligera à dire ici : « qu'une donation entre vifs quoique comprenant tous les biens présents du donateur ne porte cependant que sur les objets individuellement désignés et qu'ainsi le donataire n'étant en réalité qu'un successeur particulier n'est pas tenu de plein droit de l'acquittement des dettes du donateur. »

Le lien étroit établi à la base du système entre le patrimoine et la personnalité est de nature à entraîner un effet plus profond encore. De fait, si le patrimoine n'est *qu'une émanation de la personne qui le détient*, qu'un rapport entre elle et les choses qui le composent, il est nécessairement intransmissible. On est amené logiquement à dire que le patrimoine ne peut se transmettre *mortis causa* ; qu'au jour du décès de celui qui lui prête sa vie, il tombera dans le néant. Le patrimoine, ensemble complexe de biens, de créances et de dettes n'existe plus alors. Il n'en reste que des objets isolés. Ceux qui succèderont, s'empareront de ces objets pris individuellement, et ne seront pas tenus des dettes. Le droit de gage des créanciers en effet « ne s'exerce que sur les biens du débiteur comme tels, c'est-à-dire comme éléments de son patrimoine, il s'évanouit nécessairement quant aux objets qui ont cessé de faire partie de ce patrimoine. » Une pareille conséquence était tout à fait inadmissible. Elle serait la ruine du crédit. Elle oppose une formelle contradiction aux règles de notre Code. La conception que se sont faits du patrimoine MM. Aubry et Rau, ne leur permettra guère d'y échapper qu'en reprenant la vieille fiction romaine de la continuation par l'héritier de la personne juridique du défunt. Le patrimoine, la personne ne sont qu'un, succéder au patrimoine sera succéder à la personne.

Grâce à cet artifice il leur est permis d'écire : « l'ensemble des biens d'une personne ne perd pas, par sa mort, le caractère d'universalité juridique. C'est avec ce caractère que ses biens se transmettent sous le nom d'hérédité à ceux qui se trouvent appelés, par la loi ou par la volonté du défunt, à les recueillir en totalité ou même seulement pour une partie aliquote. » Il faut toutefois ajouter aussitôt : on donne « *communément* le nom du successeur universel à toute personne qui succède à la totalité ou à une partie aliquote des biens d'une autre personne. Mais *en pure théorie* cette qualification ne convient qu'à ceux qui représentent un individu décédé en continuant sa personne juridique. En effet le patrimoine s'identifiant en quelque sorte avec la personnalité, il en résulte que ceux qui sont simplement appelés à recueillir la totalité ou une partie aliquote des biens d'un individu décédé sans continuer sa personne juridique, ne succèdent à vrai dire, qu'à ses biens et non au *patrimoine* et ne sont par conséquent que des successeurs particuliers à cette différence près que leur titre ne porte pas, comme celui des successeurs particuliers proprement dits sur des objets individuellement déterminés (1). »

Cette nécessité de recourir au concept de continuation de la personne n'est point sans importance. Infailliblement, en effet, cette explication de la succession au patrimoine amènera et l'extension et la justification de l'obligation aux dettes héréditaires *ultra vires successionis*. L'héritier, c'est encore le *de cujus*. Comme lui, il sera tenu sur tous ses biens présents et à venir et non pas seulement sur ceux qu'ils recueillent. Succéder

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 253.

au patrimoine, biens et dettes, c'est succéder à la personne. Succéder à la personne, c'est être tenu *ultra vires*.

A l'inverse, « les successeurs improprement nommés universels, c'est-à-dire, ceux qui, sans représenter la personne du défunt et sans succéder *à vrai dire à son patrimoine*, sont seulement appelés à recueillir la totalité ou une partie aliquote de ses biens ne devraient pas *en pure théorie être assujettis au payement des dettes de l'hérédité*. » Mais ici encore les lois positives viennent déranger la belle ordonnance de la construction logique : « La doctrine contraire, avouent les savants auteurs, déjà admise dans le dernier état de notre jurisprudence a été définitivement consacrée par le Code civil. Cependant bien que soumis au payement des dettes de la succession, ils (les successeurs improprement nommés universels) n'y seront obligés que comme détenteurs de biens héréditaires et par conséquent jusqu'à concurrence seulement de la valeur de ceux qu'ils ont recueillis. Ils n'en répondent point sur leur propre patrimoine et n'ont pas besoin de recourir au bénéfice d'inventaire pour n'en être tenus que jusqu'à concurrence de leur émolument (1). »

Les véritables héritiers, les seuls auxquels ait été transmis le *patrimoine*, dans la conception qu'en ont MM. Aubry et Rau, les continuateurs de la personne seront tenus *ultra vires hereditates* des dettes héréditaires. C'est pour eux, une règle qui dérive de la nature des choses, et qu'impose impérieusement le raisonnement. Les traducteurs de Zacharie l'expriment nettement : « Les successeurs proprement dits, c'est-à-dire

(1) Aubry et Rau, p. 259

ceux qui représentent la personne du défunt, n'étant pas seulement appelés à recueillir la totalité ou une partie aliquote des biens compris dans son patrimoine, *mais succédant à ce patrimoine même*, sont de plein droit tenus, et ce, sur leur propre patrimoine et ce comme s'ils les avaient eux contractées de toutes les dettes qui grèvent l'hérédité (1). » Il y a là l'expression d'un principe absolu et nécessaire, supérieur à toutes les législations et non point d'un procédé technique destiné à durer tant qu'il rend service et à disparaître quand il va contre l'équité ; lorqu'il ne correspond plus à l'état moral ou social ; alors qu'il porte obstacle à un progrès quelconque dans l'interprétation.

Une fois de plus, du reste, il faut le reconnaître, le droit français s'est mis en contradiction avec les suggestions impérieuses de la logique et a répudié les véritables principes mis en relief par le raisonnement abstrait. Ses solutions consacrent une véritable atteinte au déroulement ordonné et indéfini des déductions harmonieuses. En effet, assurent MM. Aubry et Rau (2) : « L'indivisibilité de l'hérédité envisagée comme objet du droit de succession conduirait même à cette conséquence que chaque héritier dut, en vertu de son acceptation, être tenu des dettes de l'hérédité, pour la totalité et non pas seulement au prorata de sa part héréditaire ; mais le Code civil d'accord en cela avec le droit romain et le droit commun de la France coutumière a rejeté ce corollaire de l'indivisibilité de l'hérédité pour éviter le circuit d'actions et les recours auxquels son admission aurait donné lieu. Il statue en conséquence que les dettes de l'hérédité se

(1) Aubry et Rau, p. 256.
(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 256.

divisent de plein droit entre les héritiers, de sorte que chacun d'eux n'est tenu que dans la proportion de sa part héréditaire, c'est-à-dire de la part pour laquelle il représente le défunt. Les héritiers sont tenus chacun pour cette part alors même que par suite du concours de légataires à titre universel ou d'enfants naturels, elle se trouverait être supérieure à leur part émolumentaire, c'est-à-dire à celle qu'ils prennent réellement dans l'hérédité. »

Ajoutons, afin de rendre d'une façon complète et tout objective les idées de MM. Aubry et Rau en matière de succession, les lignes suivantes dont l'importance est grande : « L'indivisibilité du patrimoine continue à s'appliquer, disent les éminents auteurs, après le décès de la personne qui en était propriétaire à l'hérédité envisagée comme objet du droit de succession. Il en résulte entre autres que.... dans le cas où celle-ci se trouverait dévolue à plusieurs héritiers, ils en sont, du moins jusqu'au partage, saisis d'une manière indivise.... » (1). L'intérêt de cette proposition est considérable. Cela n'échappe pas au lecteur. Certes nous ne voulons point anticiper sur la critique et interrompre cet impartial exposé. Il est cependant nécessaire de montrer comment d'après le langage de MM. Aubry et Rau eux-mêmes *l'unité du patrimoine se trouve rétablie* alors que la personne juridique du défunt est divisée entre plusieurs continuateurs. « L'indivisibilité de la saisine héréditaire ne cessant que par l'effet du partage, il en résulte que, malgré la division légale entre les héritiers, des dettes de la succes-

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 256.

sion, l'intégralité de chacune de ces dettes reste, tant que le partage n'a pas été effectué, garantie par la totalité des biens héréditaires, ou, en d'autres termes, que le droit de gage dont les créanciers du défunt jouissaient de son vivant, continue même après son décès et jusqu'au partage de subsister d'une manière indivisible sur l'hérédité toute entière. Avant le partage de l'hérédité, chaque créancier du défunt a incontestablement le droit de saisir pour l'intégralité de sa créance tous et chacun des biens héréditaires. La division des dettes qui s'opère de plein droit entre les héritiers, n'y apporte aucun obstacle, puisque, n'agissant que sur l'action personnelle à diriger contre ces derniers, elle reste sans influence sur l'actif héréditaire dont ils sont indivisément saisis et qui continue de former d'une manière indivisible le gage des créanciers de la succession tant que le partage n'a pas été effectué (1). »

Cette indivisibilité de la succession, cette indivisibilité de la saisine ne sont — nous venons de le dire — que des aspects de cette donnée élémentaire : le patrimoine forme un tout; les biens qui la composent sont une somme, une unité collective. Prenant le mot indivisibilité dans un sens beaucoup plus rigoureux, MM. Aubry et Rau font de l'indivisibilité un caractère nécessaire du patrimoine. Dans une masse unifiée, il semble possible à l'esprit de créer d'autres ensembles plus petits envisagés séparément. C'est ce qu'interdit la théorie classique lorsqu'il s'agit du patrimoine.

(1) Aubry et Rau, p. 258.

§ 2. — Indivisibilité du patrimoine.

Cette seconde qualité se déduit du principe général : « le patrimoine est une émanation de la personnalité. » Elle s'en dégage par un raisonnement symétrique et complète l'harmonieuse et puissante synthèse. C'est l'aile gauche de la construction dont l'inaliénabilité est l'aile droite. Parallèles, les deux ailes se détachent de la ligne du bâtiment et s'avancent droites et belles en un style sévère et majestueux.

« Le patrimoine est en principe un et indivisible comme la personnalité... Il n'est même pas susceptible à raison de l'unité de la personne de se partager en plusieurs universalités juridiques distinctes les unes des autres ». (1)

Pourquoi faut-il ici encore que de malencontreuses contingences — misérables accidents de terrains — viennent détruire la noblesse de la ligne, la grandeur de la perspective ?

Les savants auteurs sont en effet obligés d'avouer que « les lois positives reconnaissent à côté du patrimoine plusieurs autres universalités juridiques ». (2) Il aurait été

(1) P. 232. On voit ici un exemple de l'exagération donnée par MM. Aubry et Rau au caractère rigide de la construction de Zachariæ. Au lieu de cette phrase tranchante, la 3e édition (1857) t. V, § 573, portait simplement : « 3o La même personne ne peut, en règle générale, posséder plus d'un patrimoine. Cette règle n'est cependant pas sans exceptions... »

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. II (5e édit.), p. 3, § 162.

difficile d'en faire complètement abstraction. Force est donc de parler de ces *anomalies*, de ces dérogations trop nombreuses aux principes rationnels. Voici en quels termes MM. Aubry et Rau le font : « Bien que le patrimoine soit en principe un et indivisible, notre droit reconnaît cependant certaines universalités juridiques qui s'en distinguent. C'est ainsi que par l'effet de l'inventaire ou de la séparation des patrimoines les biens qui composent une hérédité restent, sous certains rapports séparés du patrimoine de l'héritier dont ils font cependant en réalité partie. C'est ainsi encore que, dans les cas prévus par les articles 351, 352, 747 et 766 les biens auxquels certaines personnes sont appelées à succéder en vertu d'un droit de retour légal forment une universalité juridique distincte du surplus de l'hérédité et que les biens possédés par un absent lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, constituent, après l'envoi en possession provisoire, une universalité distincte du patrimoine de l'absent et, après l'envoi en possession définitif une universalité distincte du patrimoine de l'envoyé en possession. C'est ainsi enfin que sous plusieurs rapports, les biens compris, soit dans un majorat, soit dans un fideicommis universel ou à titre universel forment une universalité juridique distincte du patrimoine du titulaire du majorat ou du fideicommissaire ». (1)

Ces exceptions consacrées par le Code français ne sauraient néanmoins atteindre la notion d'indivisibilité qui repose sur la définition même du patrimoine.

Aussi, MM. Aubry et Rau repoussent-ils aujourd'hui une doctrine de Zachariæ acceptée dans leurs premières

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 4e édit., t. VI, p. 234.

éditions. Suivant cet auteur « le patrimoine d'une personne pourrait se diviser en patrimoine mobilier comprenant l'ensemble de ses immeubles et en patrimoine mobilier renfermant l'ensemble de ses meubles » MM. Aubry et Rau se garderaient de l'admettre : « *il répugne à la raison* que le patrimoine dont les éléments sont purement intellectuels puisse recevoir une division qui ne repose que sur les qualités naturelles des objets qui s'y trouvent compris » (1). Car l'indivisibilité du patrimoine s'appuie sans doute surtout sur l'unité de la personne humaine. Mais elle trouve aussi son soutien dans « la nature *purement intellectuelle* » (2) du patrimoine Les éléments dont celui-ci se compose « doivent revêtir le même caractère. » C'est ce qu'exprime cette phrase : Le patrimoine n'est pas « en raison de sa nature incorporelle, divisible en parties matérielles ou de quantité » (3).

Ce fondement nouveau, donné à la notion d'indivisibilité primitivement déduite de l'idée de personnalité est beaucoup plus souple. Il permet de dire que « si le patrimoine n'est pas, comme objet incorporel divisible en parties matérielles ou de quantité, il est cependant comme ensemble de biens susceptible de se partager en parties intellectuelles ou de quotité. Cette division se produit notamment dans les legs à titre universel portant sur une partie aliquote de l'hérédité » (4). Grâce à cette distinction le principe de l'indivisibilité reste sauf.

Il a toutefois pour effet d'interdire toute division du patrimoine en universalités juridiques distinctes. Celles

(1) P. 232.
(2) P. 230.
(3) P. 232.
(4) Aubry et Rau, t. VI, p. 234.

qui existent sont exceptionnelles, exorbitantes et par conséquent doivent être limitées strictement. L'interprète ne saurait en découvrir d'autres. Bien plus, le législateur ne pourrait en créer de nouvelles sans porter derechef atteinte au principe rationnel nécessaire et supérieur aux lois positives de l'unité de la personne.

Le caractère d'indivisibilité se retrouve quel que soit le point de vue dont on envisage le patrimoine et on peut l'examiner tour à tour comme objet d'un droit de propriété ; comme objet du droit de gage ou comme objet du droit de succession ou encore de la saisine.

MM. Aubry et Rau font en effet du patrimoine autre chose que la somme de tous les biens d'une personne, c'est un *nouvel objet* de droit distinct. Et c'est ainsi qu'ils peuvent lui attribuer une « nature purement intellectuelle » (1). Cette substance abstraite ne se confond cependant pas, ici du moins, avec la personnalité. Les auteurs du *Cours de droit civil français* nous l'indiquent : « le patrimoine qui, comme universalité de biens prend son fondement dans la personnalité se distingue cependant de la personne elle-même. On peut donc concevoir l'existence d'un rapport entre la personne et

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 230 ; Cf. ce passage de Kohler : Das Vermögen als sachenrechtiche Einheit, *Archiv für das burgerliche Recht, B^d XXII, p. 1* « Schon längst konnte man sich der Auschauung nicht verschiessen dass der Vermögensbegriff eine juristiche Realität haben müsse, dass die Zusammenfassung verschiedener Rechtsgegenstande zu einem Vermögen nicht bloss et was thatsächliches, sondern etwas rechtliches ist. Eine Richtung die, der Volksmeinung entsprechend sich der Vorstellung von der Rechtsnatur des Vermögens in die Arme warf, geriet sofort aüf die radikale Auschauung : *Das Vermögen ist selbst eine « Sache »*, es ist selbst Gegenstand des Rechts... »

le patrimoine. Ce rapport est celui qui s'établit entre une personne et tout objet à elle appartenant, c'est un droit de propriété » (1). La personne est propriétaire de son patrimoine. « Envisagé comme objet du droit de propriété » celui-ci « est absolument indivisible à la différence du patrimoine considéré comme universalité de biens, il n'est même pas susceptible d'être divisé en parties intellectuelles ou de quotité » (2).

MM. Aubry et Rau appliqueront encore l'indivisibilité au droit des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur. Notons en passant que pour expliquer ce droit ils s'appuient sur leur conception fondamentale du lieu intime existant entre le patrimoine et la personnalité « Le patrimoine étant une émanation de la personne les obligations qui pèsent sur une personne doivent naturellement aussi grever son patrimoine (3). » Les créanciers ont ainsi un droit de gage sur le patrimoine de leur débiteur. Ce droit du reste « quoique affectant le patrimoine même n'est cependant susceptible de s'exercer que sur les éléments dont il se compose... Ce droit de gage est indivisible comme le patrimoine auquel il s'applique ». Parmi les conséquences que tirent les continuateurs de Zacharie de cette affirmation l'une nous paraît fort importante. « L'indivisibilité du droit de gage établie par l'article 2.092, enseignent-ils, conduit à reconnaître que tous les biens faisant partie du patrimoine d'une personne sont indistinctement affectés à l'acquittement de toutes ses obligations » (4). L'indivisibilité du patrimoine-per-

(1) Aubry et Rau, p. 240.
(2) P. 244.
(3) P. 248.
(4) P. 249.

sonnalité ne saurait donc permettre qu'une partie du patrimoine, une masse de biens spéciale soit affectée à une catégorie de créanciers distincte et soustraite par là même à tous les autres. Elle interdit de consacrer un petit patrimoine séparé à un but et un autre à une destination différente. Le patrimoine doit être indivisible comme la personne dont il est l'image.

Ainsi rationnellement nécessaire, apparaît le caractère d'indivisibilité, caractère essentiel dans la notion classique du patrimoine. Celui-ci mis en relief, il importe de suivre plus avant les théoriciens dans les sphères idéales où ils édifient le droit.

Dans le royaume des idées pures, cher à Platon, nous verrons le patrimoine se dépouiller complètement de toutes contingences, rester le même, abstraction faite du temps et sans que l'existence des biens dont il n'est cependant que la somme soit nécessaire à sa propre existence.

§ 3. — Confusion entre le patrimoine et l'aptitude à jouir de certains droits. — Toute personne a un patrimoine. — Tout patrimoine appartient à une personne.

Selon la théorie de MM. Aubry et Rau le patrimoine, c'est l'emprise juridique de la personne. C'est le reflet de la personnalité juridique de l'homme sur le monde des choses. Les savants auteurs vont plus loin. Ils arrivent à fondre intimement les deux concepts de patrimoine et de capacité juridique (1). De fait, à leur sens le patrimoine

(1) Le patrimoine, c'est aussi, peut-on dire, *l'aptitude de l'homme à acquérir* des droits réels et des droits de créance. » Capitant,

comprend l'aptitude à devenir sujet actif ou passif de droits, à acquérir ou à contracter. Il est en somme la capacité de jouir de tous les droits susceptibles de se traduire par un avantage pécuniaire. La seule possibilité de posséder un jour quelque droit, c'est tout le patrimoine.

Cette possibilité n'appartient qu'à la personne. Il faut donc dire « que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine. Cette possibilité appartient à toute personne », l'on doit par conséquent ajouter que « toute personne a nécessairement un patrimoine alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien » (1).

Les continuateurs de Zachariæ avaient défini le patrimoine : « l'ensemble des biens d'une personne envisagé comme formant une universalité de droit (2). » Comment après avoir dit que « le patrimoine considéré comme ensemble de biens ou de valeurs pécuniaires exprime lui-même, en définitive, l'idée d'une pareille valeur », que « pour en déterminer la consistance il faut de toute nécessité déduire le passif de l'actif » (3), peuvent-ils ajouter : « la circonstance toutefois que le

Introduct. générale au droit civil français, p. 185. Cf. *loc. cit.*, note 8 : « Les Allemands ont un terme assez heureux pour désigner le patrimoine, c'est le mot Vermögen, c'est-à-dire le *pouvoir*, la *puissance*, qui montre bien le caractère *abstrait* de cette notion et qui indique en même temps qu'elle embrasse non seulement les biens présents, mais les biens à venir. »

(1) Aubry et Rau, *op. cit.* VI, p. 231. Cf. Capitant, *loc. cit.* : « Bien plus, il (le patrimoine) subsiste même quand il n'y a ni droits ni obligations, l'enfant qui vient de naître a un patrimoine, toute personne a nécessairement un patrimoine. »

(2) Aubry et Rau, *op.* et *loc. cit.*, p. 229.

(3) P. 231.

passif dépasserait l'actif ne ferait pas disparaître l'existence du patrimoine (1) ? » Ils fourniront eux-mêmes la réponse : à leur sens, « le patrimoine d'une personne est *sa puissance juridique* considérée d'une manière absolue, dégagée de toutes limites de temps et d'espace (2)... C'est ce qu'exprime très bien — ajoutent-ils, — le mot allemand Vermögen qui signifie à la fois pouvoir et patrimoine ». Si le patrimoine, émanation de la personnalité, n'est que l'expression de la capacité juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il n'y a point à s'occuper des contingences. L'on peut donc souscrire à une proposition telle que celle ci : « La personne n'acquiert pas son patrimoine qui constitue pour elle un bien inné, en ce sens qu'il est inhérent à sa personnalité même et que son existence n'est pas subordonnée à cette condition qu'elle possède des biens (3). » L'essence de la personnalité est immuable ; on ne perd son patrimoine « qu'en perdant avec sa vie sa personnalité » (4). Car, encore une fois, la capacité d'avoir des droits est toute différente de l'existence de fait de ces mêmes droits : « autre chose est donc la perte du patrimoine lui-même, autre chose celle des biens qui se trouvent compris dans un patrimoine envisagé comme universalité de droit » (5).

(1) Cf. P. Van Bemmelen, *Les notions fondamentales du droit*, 1892, p. 190 : « Il (le patrimoine) existe même lorsqu'il y a un actif sans passif ou un passif sans actif, le passif ou l'actif n'existant qu'à l'état de possibilité et pouvant survenir à tout moment. Le patrimoine, en effet, *n'est que* l'ensemble des droits et des devoirs économiques que *peut avoir* une personne. »

(2) P. 230, note 6.

(3) Aubry et Rau, p. 241.

(4) Aubry et Rau, p. 242.

(5) Aubry et Rau, p. 243,

La puissante synthèse de Zachariæ est susceptible d'une idéalisation plus grande encore. Des auteurs allemands sont arrivés à formuler ce qu'implicitement le système contenait. Ils ont su combiner les deux idées que nous avons tour à tour développées : le patrimoine est un objet nouveau distinct des biens qui le composent ; il est exclusivement attaché à la personne de son titulaire. Neumer a pu prétendre qu'au point de vue de la science juridique pure, ce n'était pas l'homme qui était sujet des droits dont il jouissait mais son patrimoine. L'entité qui constitue le patrimoine n'est plus autre chose que la personnalité juridique de son titulaire (1).

Ainsi véritablement confondu avec la personnalité même, « en pure théorie le patrimoine comprend tous les biens indistinctement, les biens innés et les biens à venir. Le droit français s'est conformé à cette théorie en ce qui concerne les biens à venir, qui, ainsi que cela ressort nettement des articles 1270, 2092, 2122, 2123 sont regardés comme virtuellement compris dans le patrimoine dès avant que de fait ils y soient entrés. Mais il s'en est écarté en ce qui touche les biens innés tout en considérant comme des parties intégrantes du patrimoine les actions auxquelles peuvent donner ouverture les lésions causées à de pareils biens ; notre droit n'y comprend cependant pas ces biens eux-mêmes, tant qu'ils n'ont pas éprouvé quelque lésion. Il y a mieux, les droits de puissance envisagés comme tels et indépendamment des avantages pécuniaires qui peuvent y être atta-

(1) Neumer, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, p. 90 : Im Rechte gilt als Vermögenssubjeckt nicht mehr eigentlich der Mensch sonder sein Vermögen, ohne dass dadurch der Mensch aufhört Selbst Zweck zu sein. »

chés, ne sont pas non plus, d'après notre code, à regarder comme faisant partie du patrimoine (1). »

Plus que tout autre, ce passage des savants MM. Aubry et Rau montre le lien intime établi entre le patrimoine et la personnalité, l'identification presque complète entre ces deux notions.

C'est l'essence même de la théorie classique. Celle-ci pourrait se résumer en ces quelques propositions. *Le patrimoine est la personnalité de l'homme* appliquée à à une activité économique. *Il revêt les caractères de cette personnalité* dont il ne se différencie point : *inaliénabilité et indivisibilité.* Comme elle *il est nécessairement la qualité d'une personne* et de toute personne reconnue sur le terrain du droit. Il ne saurait se comprendre abstraction faite d'une personne, puisqu'il n'est qu'une qualité de celle ci.

Le système ainsi élaboré, en une synthèse dont personne ne méconnaîtra la force d'abstraction et la rigueur logique, a paru devoir immédiatement s'imposer. Les auteurs postérieurs l'admettent sans le discuter dans ses parties essentielles. Ainsi fait en particulier M. Capitant, dans son Introduction à l'étude du Droit civil français. Il semble même qu'à force de le mettre en relief dans des formules nouvelles toujours plus concises et plus nettes, on en ait effacé les nuances, le rendant toujours plus rigide et plus cassant. Nous en voulons pour preuve ce paragraphe du dernier grand cours de droit civil paru, celui de M. Baudry-Lacantinerie (2), dont nous soulignons les mots saillants : « ...seule une personne physique ou

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français* (4e édit.), t. VI, p. 230 et 231.

(1) Chauveau (Traité Baudry), *Des biens*, 1905, p. 2, no 2.

morale, peut avoir un patrimoine. Toute personne a nécessairement un patrimoine alors même qu'elle ne possèderait rien ; *Le patrimoine est en effet une* ABSTRACTION *et représente plutôt l'*APTITUDE *à posséder ;* c'est une conséquence de la personnalité humaine. Si toute personne a un patrimoine, une personne déterminée n'a jamais qu'un patrimoine ; il y a bien certains cas exceptionnels ou, *par fiction* on dédouble le patrimoine d'une personne par exemple dans l'hypothèse d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ; mais ce n'est là qu'une *fiction légale*, temporaire, *d'une application relative et d'une portée restreinte.* Le patrimoine forme ce que l'on appelle une universalité de droit, *c'est un contenant distinct de son contenu actif et passif ; le contenu est variable en qualité et en quantité ;* LE PATRIMOINE LUI NE CHANGE JAMAIS. »

* * *

Telle est dans sa dernière expression la notion du patrimoine issue de la méthode classique d'interprétation. Nous nous proposons dans ce travail de la soumettre à un examen critique. Cet examen loin de partir d'une nouvelle définition *a priori* du patrimoine, et d'un développement abstrait de ce premier postulat donné, reposera tout entière, nous avons déjà eu l'occasion de le dire, sur l'observation des faits.

C'est l'analyse des différentes situations juridiques, prises dans les réalités vivantes, qui nous servira de base. Elle-même fera, dans le corps de notre étude, toute la réfutation de la théorie généralement admise, si du moins nos efforts sont couronnés de succès. En face des principes doctrinaux abstraits et détachés de la vie, nous

nous efforcerons simplement en effet de grouper des situations pratiques, des créations jurisprudentielles, les conceptions nouvelles qu'apportent des lois récentes et qui sont en contradiction avec eux. Parfois aussi nous leur opposerons des besoins économiques ou sociaux pressants ou encore l'équité elle-même... Sans doute tous ces sujets, par ce fait précisément qu'ils touchent à la vie juridique réelle, ont déjà été souvent étudiés. Nous ne prétendons point dire quelque chose d'original sur eux, nous n'espérons pas être complet... Notre ambition se borne à tenter une *synthèse* qui n'a point été faite encore. Du point de vue de la méthode, dans une thèse de *logique appliquée*, pour employer l'expression que les manuels de philosophie opposent à la *logique formelle*, nous rapprocherons des idées dont on n'a pas toujours aperçu les points de contact. Ainsi arriverons-nous peut-être à la fois à apporter une contribution à la critique négative des modes d'interprétation abstraite et à esquisser une hypothèse nouvelle sur la nature du patrimoine ?... Cette hypothèse, d'autres pourront la reprendre et la perfectionner en la modelant toujours davantage sur les faits. Ils achèveront ainsi de substituer à la géométrie déductive de MM. Aubry et Rau, l'induction prudente qui doit régner dans toutes les sciences dont l'objet n'est point une pure création idéale de l'esprit mais quelque chose d'existant dans le monde des choses, sciences physiques, biologiques ou sociales...

La pierre de touche de toute théorie c'est l'expérimentation. Nous allons lui soumettre les différents résultats du système classique. Après un très bref aperçu historique, dans un premier livre nous verrons quels seraient les effets de l'idée *d'inaliénabilité* regardée comme abso-

lue et nécessaire ; dans un second livre, *l'indivisibilité* du patrimoine sera l'objet du même contrôle. Le principe fondamental, le lien intime entre *le patrimoine et la personnalité* sera enfin dans un troisième livre placé en face des faits observés. Pour le conserver il faudrait les déformer.

Il nous sera alors permis de jeter quelques timides jalons destinés à montrer la route à suivre à ceux qui voudront tracer plus fermement la notion de patrimoine.

Dans la conclusion seulement, après avoir, pour ainsi dire, combattu la doctrine traditionnelle en action, nous essaierons de la critiquer au point de vue théorique et de rechercher par quelles fautes de logique elle a pu arriver à des résultats erronés. Nous terminerons par un rapide aperçu de ce que nous peut révéler la critique de la construction classique du patrimoine sur la valeur et l'utilité des conceptions théoriques en général.

ESQUISSE HISTORIQUE

I

DROIT ROMAIN

§ 1. — Patrimoine de la tribu. — Patrimoine individuel. Patrimoine familial.

Dès l'époque primitive, la notion d'un d'un ensemble de biens liés entre eux par un caractère qui leur est commun, et parfaitement distinct d'autres masses de valeurs, apparaît. Son élaboration est singulièrement facilitée dans l'esprit des peuples antiques : par des concepts très anciens : l'idée de communauté et l'idée de personnalité. L'idée de communauté amena tout de suite à séparer et à envisager comme un tout, quelle que soit la nature des objets qui le composent, la masse des biens que les membres de la tribu, du clan avaient destinés à leur usage commun et cela par opposition à tout ce qui se trouvait affecté à d'autres tribus, à d'autres clans. C'est ainsi que naît la première notion du patrimoine et c'est d'un patrimoine collectif qu'il s'agit.

Presque en même temps (1) l'idée de personnalité — une

(1) Summer Maine, *Etudes d'Histoire du droit*, 1889. *Influence de l'Inde sur les idées modernes*, p. 301 : « L'existence des meubles

des plus vieilles, car elle n'est en somme que la distinction du moi et du non moi, — fait distinguer un second groupe dans les objets extérieurs : la somme des biens créés par une personne, dépendants d'elle, à elle consacrés. Le lien qui unit la personne aux meubles qu'elle a fabriqués, qui, issus de son travail semblent participer d'elle-même et renfermer une partie de son âme, est extrêmement fort aux époques primitives. Ce caractère commun des objets mobiliers — première propriété individuelle de l'homme — des armes qu'il s'est forgées (1), des vases qu'il a modelés pour lui, est assez puissant pour que l'on envisage ces biens, indépendamment de leurs caractères individuels, comme un tout formé à l'image de l'unité de la personne de leur auteur et indissolublement lié à elle.

Si bien que, à la mort d'un membre de la communauté, on saura distinguer ce dont il a joui comme membre de la tribu, ce qui accroîtra à la communauté : sa part du patrimoine commun, et ce qui appartenait à lui seul, ce qui par conséquent le suivra dans la tombe ou sur le bûcher funèbre (2) : son patrimoine indi-

est en grande partie postérieure à l'appropriation du sol par les groupements humains, *mais nous avons plus d'une raison de soupçonner qu'avant son apparition, déjà certains objets de cette nature appartenaient à des particuliers* et qu'ils dûrent exercer ainsi une grande influence sur la dissolution de la première propriété collective. — Cf. Ihéring, *Les Indo-Européens avant l'histoire*, (1894), trad. Meulenære (1900). Suivant Ihéring : La propriété du mobilier serait antérieure à l'appropriation du sol.

(1) Kovalesky, *Tableau des origines et de l'evolution de la famille et de la propriété.*

(2) K. Bücher, *Die Entstehung der Volkswirtschaft*, 4e édit., 1904, p. 28 et suiv.

Selon J. Deniker (*Races et peuples de la terre*, 1900), il est

viduel. Le patrimoine commun ne perd rien de son caractère à la mort d'un des ayants droit sur les biens dont il est la somme, car le but qui le distingue n'a rien de passager. Il est affecté (1) à l'entretien et à la subsistance d'un clan ou d'une tribu qui ne doivent, — croit-on — jamais disparaître. Le patrimoine individuel, destiné par celui qui l'a formé à son usage particulier, à la satisfaction de ses besoins personnels ne saurait être transmis, passer à un autre usage. Bien plus, il devra toujours continuer à suivre sa destination : les âmes des objets

acquis que presque chez tous les peuples, on met dans la tombe les objets usuels (mais seulement ceux qui constituent la propriété privée) du défunt, suivant ses occupations : les armes auprès d'un guerrier, la poterie prés d'une femme, etc. Cf. E. Tylor, *Anthropology*, p. 346 et 420 ; *Journal Anthr. Inst.*, t. XVIII, p. 248.

Pour les peuples celtiques et gallo-romains, voir J. Déchelette, *Manuel d'archéologie préhistorique*, 1908.

Dans le dictionnaire des antiquités romaines et grecques de Daremberg et Saglio, on trouve au mot *funus* la remarque suivante, p. 1395 : « ...en plaçant le cercueil sur le bûcher, on met à côté du mort les objets précieux qui étaient à son usage personnel : armes, vêtements, vases peints, etc. »

Voir également Pictet, *Les origines européennes*, 1863, 2e partie, p. 525 ; Kovalesky, *op. cit.*, p. 58.

(1) D'après Kovalesky (*op. cit.*, p. 57), pour indiquer la destination au patrimoine individuel et bien distinguer les objets qui en font partie de ceux que renferme le patrimoine commun, on emploie une sorte de *publicité* : « Tout nouvel acquet doit subir la consécration d'un acte symbolique signifiant le désir du propriétaire de la garder exclusivement pour lui, c'est l'origine de la coutume du Tabou. Tout effet déclaré Tabou et désigné comme tel par un certain signe ne peut être mis en usage par un autre que par le possesseur... Une autre manière de rendre inaliénable un objet que l'on tient à garder pour soi, c'est d'y appliquer la langue et de feindre de le lécher. »

brisés sur le tombeau du défuut ou brûlés avec lui, iront dans l'au-delà l'accompagner et lui rendre les mêmes services qu'autrefois (1).

Il arrive un moment où la vie en commun paraît à charge, où les familles se séparent, où chacune se bâtit une maison distincte (2). C'est lorsque le lien qui rattachait les familles au clan, à la *gens* (3) se relâche que l'on commence à considérer une nouvelle masse de biens comme formant une troisième entité distincte. La collection des biens plus particulièrement affectée à chaque famille forme le patrimoine de la famille.

Ainsi le Romain primitif pouvait distinguer les biens dont jouissait un même individu en trois groupes indépendants : fraction du patrimoine de la *gens* (4), parcelle du patrimoine de la famille, patrimoine individuel.

De bonne heure le patrimoine de la *gens* disparaît. Il n'existe probablement plus à l'époque des XII tables (5). Elle aussi, la copropriété familiale s'est alors transformée. Elle ne s'effacera cependant jamais complètement dans toute l'histoire du droit romain (6). La distinction du patrimoine de la famille et du patrimoine du père prit toutefois un caractère singulièrement abstrait avec l'étendue donnée aux pouvoirs du *paterfamilias*.

Cette séparation des biens familiaux — travaillés pour et par tout le groupe — et des biens personnels,

(1) Daremberg et Saglio, V° *funus*, p. 1379 et 1395.

(2) Cuq, *Inst. Jur. des R.*, I, p. 84.

(3) L'existence d'une propriété collective de la gens a été démontrée par Mommsen (*Droit public*, 6. 1, p. 24 et s).

(4) Cf. Girard, *Manuel*, L. III, II, ch. I, p. 259.

(5) Cf. Girard, *Manuel*, p. 257.

(6) Girard, p. 257 du *Manuel*.

— fruits de l'industrie et livrés au caprice de l'individu, — a marqué son empreinte dans le droit Romain. Elle est exprimée par l'antinomie des deux termes : *familia* et *pecunia*.

La *familia*, c'est l'ensemple des biens familiaux (1). Maison, jardin, tout ce qui servait à l'exploitation des champs ; voilà les biens de la famille ; voilà son patrimoine. Le *pater* ne peut vendre ni léguer les biens que l'on fait rentrer dans cette catégorie. Les plus anciens modes de transfert ne s'appliquent pas aux biens fonds (2). Et plus tard, dans le cas où l'Etat confisquera les biens d'un citoyen et les fera vendre *sub hasta*, la maison ne sera jamais comprise dans la vente : elle sera détruite (3). On sait, d'autre part, que le testament n'existait pas primitivement. Pour changer l'affectation du patrimoine d'une famille il fallait une loi. L'on devait réunir les comices. L'administration des biens considérés comme familiaux se transmettait de mâle en mâle. Les femmes en étaient exclues.

(1) Cf.Cuq, *Inst. jurid.*, I, p. 91. Caton emploie le mot *familia* pour désigner les bêtes de somme aussi bien que les esclaves (*de re rustica*, 34, 143).

(2) Summer Maine, *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec la coutume primitive*, Paris, 1874 (trad. Courcelle-Seneuil) : « Quelquefois, le patrimoine de la famille est absolument inaliénable comme chez les Slaves, plus souvent encore, quoique les aliénations ne soient pas absolument défendues, elles sont virtuellement impossibles, comme chez la plupart des tribus germaniques, à cause de la nécessité de faire consentir au transfert un nombre considérable de personnes. Là où ces empêchements n'existent pas ou peuvent être surmontés, l'acte de transfert lui-même est surchargé de cérémonies dont il n'est pas prudent de négliger un iota... »

(3) Cuq, *Inst. jurid.*, I, p. 83 et renvois aux textes.

En regard de la *familia*, se place la *pecunia*. L'individu ne conserve plus, comme à l'époque primitive, avec un soin jaloux, les objets qu'il a fabriqués. Il les échange comme il lui plaît, il en use et en abuse. Ces biens, fruits du sol ou de l'industrie (1), animaux qui paissent en troupeaux, monnaie, forment le patrimoine individuel : la *pecunia*.

Pour mettre en évidence cette conception de deux masses de biens distinctes (2) et soumises à des régimes différents, quoique toutes deux sous la puissance d'un même individu, le pater familias, il nous faut rappeler brièvement les principales traces qu'ont laissées, soit dans le droit postérieur, soit dans les textes les anciennes notions de *familia* et de *pecunia*.

On retrouve l'ancienne notion de patrimoine familial dans l'institution des *heredes sui*. La famille qui vivait au milieu d'une masse de bien continuait d'y vivre après la disparition de son chef. Les héritiers siens ne succédaient pas à des biens nouveaux, ils reprenaient des mains du pater l'administration de la *familia*. L'innovation qui efface la conception primitive, c'est le droit qu'il se sont plus tard attribué de partager entre eux la maison commune.

Toute aussi instructif sera l'examen des idées les plus anciennes sur la succession testamentaire. La loi des XII Tables reconnaissait au citoyen la liberté de tester. La *Tabula V*, *frag.* 3 portait, ainsi que nous l'affirme Ulpien (11-14) : *uti legassit super* PECUNIA *tutelave suæ*

(1) V. Cuq, *I. Jur.*, t. I, p. 91 et suivantes avec renvois aux textes.
(2) Cf. Ihéring, *Hist. du dével. du Droit romain* (1894), trad. Meulenœre (1900), p. 43 et 77.

rei, ita jus esto (1). Von Jhering assure que si, à une époque postérieure tous les auteurs crurent que ce texte avait accordé la liberté illimitée de tester, ils se sont trompés (2). La loi des XII Tables n'emploie pas indifféremment les mots : *familia* et *pecunia*. Lorsque les decemvirs veulent indiquer la vocation de l'*agnat* le plus proche ou celle des gentils, ils disent : FAMILIAM *habeto*. Les dispositions de la loi relatives à la *pecunia* doivent s'entendre de celle-ci seule et ne s'étendent pas à la *familia*. D'après la décision les XII Tables, à en croire de Jhering, si le testament porte uniquement sur la *pecunia*, le peuple assemblé dans les comices testamentaires *doit* en approuver les dispositions. A l'égard des biens composant la *familia*, tout au contraire, la liberté de tester n'existerait pas encore. Le peuple aura à décider s'il veut accepter ou rejeter le testament qui ferait passer ce patrimoine à une autre famille. Selon M. Cuq, les formalités de l'adrogation étaient peut-être exigées en ce cas. La loi des XII Tables ne fit donc pas disparaître toute trace de dualité dans le patrimoine du père de famille.

Quand les biens familiaux furent devenus aliénables,

(1) La loi ne disait nullement « super *familia* pecumiaque » comme l'indique, à tort, Ciceron dans un texte littéraire. Cf. Paul, D. 50, 16 fr., 53 princip. ; D., 26. 2. 20, § 1. Gaius, Dig. Livre, 26. 2. 1, princip. et Comment., II, 224 ; Instit., 2 22 pr ; Pomponius, Dig. Liv. 50. 16. 120; Novell, 22. 2 princip.

(2) V. Ihering, *Histoire du développement du Droit romain* (1894). trad. O. de Meulenœre (1900), pp. 79 et 80. Cf. même idée dans Cuq, *Nouvelle Revue historique*, 1886. *Etude sur le testament per æs et libram*, p. 339 et suiv.

quand le *pater familias*, leur administrateur, eut acquis sur eux des droits semblables à ceux d'un propriétaire, on s'occupa encore de maintenir leur affectation première. Pour empêcher que le patrimoine destiné à la famille du prodigue soit détourné de son but, est créée l'interdiction. Celui qui dissipait sa *familia*, les « *bona paterna avitaque* », était frappé par une décision du magistrat. Il tombait sous la curatelle légitime de ses parents. L'administration de ces derniers ne portait à l'origine que sur les biens familiaux.

La tutelle des femmes avait le même caractère. Elle tendait à la conservation du patrimoine de la famille.

§ 2. — Un patrimoine n'est à l'origine qu'un ensemble de biens « corporels ».

Entre les XII Tables et Cicéron la plupart des vestiges de l'organisation antique de la Société romaine disparaissent. La distinction tranchée des deux patrimoines réunis dans les mains du *paterfamilias* s'efface. Celui-ci s'est arrogé la liberté de tester aussi bien sur les choses de la famille que sur ses biens personnels.

La tutelle des femmes devient illusoire. L'Interdiction des prodigues change de caractère. On pourvoit de curateur non seulement celui qui aliène les « *bona paterna avitaque* », au préjudice de ses enfants mais aussi celui qui dissipe ses revenus, quelle que soit leur provenance.

Désormais, plus de distinction entre la *familia* et la *pecunia*. On emploie indifféremment ces deux termes soit

réunis, soit séparés pour désigner l'ensemble des biens du chef (1).

Le patrimoine du *pater*, *la familia pecuniaque* c'est alors la collection des choses corporelles appartenant au chef de famille. Cet ensemble ne comprend ni créances, ni dettes (2).

Dans la cité patricienne, sous le régime de l'exploitation agricole fermée, les relations commerciales n'existaient pas. Les notions de créances et de dettes étaient inconnues. Les plus anciennes obligations naissent des délits. Simples dégradations du droit de vengeance,elles sont, à l'origine, strictement personnelles du côté du créancier comme du côté du débiteur, intransmissibles activement et passivement. C'est ce caractère délictuel que prirent d'abord toutes les obligations. Violer sa promesse, s'enrichir aux dépens d'autrui, c'est aller contre l'ordre religieux et social, c'est faire acquérir un droit de vengeance à celui qui vous avait obligé, à celui auquel

(1) Gaius, Com., II, 102. *Familia id est patrimonium.* Cicéron, *Topiques*, 6 : *Hereditas est pecunia.* Cuq, N. R. H. 1886, p. 541. Toute la théorie de la *familia* et de *pecunia* est du restecontestée. Elle n'est encore admise par les historiens qu'à titre d'hypothèse. Nous l'avons donnée parce qu'elle nous a semblé apporter à la fois la meilleure explication des textes et l'interprétation des faits la plus conforme aux données de l'histoire comparée des institutions. Elle nous paraît destinée à prendre tôt ou tard place dans les points acquis par la science.

(2) Cuq, N. R. H., (1886) p. 542. Pernice, *Labeo*, I, p. 323 ; I, p 108 et suiv. ; traces de l'idée de « familien Vermögen » à l'époque de Labéon, droits du chef pas absolus, etc...; Kuntze, *Excurse über Römisches recht*, Leipzig, 1889 (2e édit.), p. 142-159 ; Gaius, Com., II, § 84. — Sur la théorie de l'obligation, voir E Gaudemet, *Le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898, p. 154, 163, 171, etc.

on a occasionné une perte. Dans cette conception, la créance ne peut être considérée comme un bien, comme une valeur pécuniaire. Elle est une satisfaction toute personnelle, qui s'épuise en s'exerçant. Elle ne peut entrer à titre d'élément dans le patrimoine.

Il va sans dire aussi que la masse des biens du débiteur ne subit de l'existence de la dette aucune diminution de valeur. La vengeance ne cherche à atteindre que la personne. Si celle-ci meurt, son patrimoine passera à ses héritiers sans être grevé d'aucune charge.

Pour renforcer l'obligation, pour attirer sur celui qui manque à sa promesse une vengeance plus terrible encore que celle de l'homme, on s'imagina de bonne heure de faire prêter serment au futur débiteur. La *sponsio* primitive est un serment promissoire. Cette obligation religieuse est plus strictement personnelle encore. La masse des biens de celui qui a prononcé le serment ne subit aucune diminution de valeur. La dette ne porte pas sur elle mais sur la personne du débiteur. En effet les seules sanctions d'une telle obligation seront les peines religieuses et sociales qui frapperont le parjure. Ces sanctions ne sont applicables qu'à la personne qui a prêté le serment. Elles ne sauraient en rien atteindre les détenteurs de ses biens, fussent même ses héritiers. L'obligation dérivée de la *sponsio* est tout aussi personnelle du côté actif. C'est envers la seule personne à laquelle il a promis que le débiteur s'est engagé. Il ne doit à aucune autre. Une constitution d'une valeur transmissible, immédiatement convertissable en argent n'a point eu lieu ; un bien nouveau capable de rentrer dans le patrimoine du créancier n'a pas été créé. Nous pouvons donc le dire : par la force des choses le patri-

moine d'un individu ne peut être à cette époque qu'un ensemble de biens *corporels* envisagés sous le rapport de leur appartenance à un même individu.

Nous retrouvons les mêmes caractères dans l'obligation dérivée du nexum.

Du coté du débiteur l'effet de cet acte est celui d'une *damnatio*. La *damnatio* prononcée par le créancier contre le débiteur a pour effet de faire naître contre le *damnatus* le droit de procéder au bout du délai légal de trente jours à la *legis actio per manus injectionem* qui, faute de payement ou d'intervention du *vindex*, aboutit à la conduite du débiteur dans la prison domestique du créancier pour un nouveau délai de soixante jours au bout duquel, faute d'arrangement amiable, le créancier a le droit de tuer le débiteur ou de le vendre au delà du Tibre. Le nexum est un titre exécutoire et l'exécution porte sur la personne. Cette dette ne grève que la personne du débiteur, sur laquelle le créancier acquiert un droit très énergique mais difficile à inclure en une formule juridique précise : droit éventuel de saisie, droit de garde puis un droit de disposition limité. Le droit sur la personne du débiteur était sans doute beaucoup plus absolu autrefois et permettait peut-être de mettre à mort l'obligé qui ne s'exécutait pas. On l'a nié (1). Cependant il semble que telle doive bien être l'explication du texte de la table III fr. 6 : « *Tertiis mundinis partes* SECANTO. *Si plus minusve secuerunt, se fraude esto.* » Quoi qu'il en soit, la dette dérivée du nexus ne rentre nullement à titre de valeur passive dans le patrimoine de celui dont la per-

(1) Schossmann, *Altrömiches schuldrecht und schüdverfaren*, 1904, p. 61 et suiv.

sonne est engagée. La masse des biens du *nexus* n'est en rien atteinte par l'obligation (2).

(2) Cette idée a été contestée. D'après le système indiqué au texte, le débiteur du *nexum* est tenu, en vertu d'une *damnatio* prononcée par le créancier, il est soumis sans jugement à la *manus injectio*. C'est la théorie de Huschke (*a*) admise, avec quelques nuances, par M. Senn (*Nouvelle Revue historique*, 1905, p. 57) et Girard, *Manuel*, édit. de 1906, p. 48, texte et note 2. Il a été proposé beaucoup d'autres doctrines. D'après l'une, le débiteur engagerait, dans des formes ignorées, ses services et ceux de ses personnes en puissance ; d'après l'autre, il manciperait sa personne, ses biens et ses personnes en puissance. Au sens de M. Cuq, qui se rattache à l'hypothèse de la mancipation : « Le droit du prêteur. . portait sur les biens de l'emprunteur. Les enfants y étaient également soumis même si le père était absent pour le service de l'Etat ou décédé » (*b*). Si cependant l'on considère la *manus injectio* que nous savons avoir été la procédure d'exécution du *nexum*, il est impossible d'y trouver l'indication d'un droit du créancier sur les biens. La saisie de la personne telle qu'elle est décrite, laisse intacte l'ensemble des biens qui lui étaient affectés Au reste, M. Cuq croit-il devoir ajouter en note quelques réserves : « Comment expliquer la faculté d'arrêter les enfants et de vendre les biens de l'emprunteur. Est-ce l'exercice d'un droit, conséquence du *nexum*, *ou tout au moins de l'*ADDICTIO *prononcée contre l'emprunteur qui a contesté sa dette* (*c*) ? Ou bien est-ce un *acte de force*, une usurpation des droits du maître tolérée par l'usage ? Le *nexum* a-t-il pour objet exclusif les services de l'emprunteur ou suppose-t-il que l'emprunteur engage en même temps tout ce qu'il possède, hommes ou choses ? *Il est difficile de le décider. On peut seulement remarquer que les mots* POSSIDERE, MORARI, *employés dans l'édit des consuls, rapportés par Tite-Live n'ont rien de juridique et désignent un simple état de fait.* »

On oppose encore une objection au système de l'obligation pure-

(*a*) Huschke, *Uber das Recht des nexum und das alte rom. Schuldrecht*, 1846, p. 51, p. 88.
(*b*) *Inst. jurid. des Romains*, p. 376.
(*c*) C'est nous qui soulignons.

Tout aussi personnel est le nexum du côté actif. C'est toujours envers un créancier bien déterminé que l'on est lié et envers lui seul. C'est à son égard que l'on est *damnatus;* c'est à lui que l'on s'est vendu. Une telle créance n'a encore une fois rien d'une valeur cessible ou transmissible aux héritiers. Seul, le créancier a le droit d'exiger quelque chose du débiteur. C'est dire que cette possibilité d'agir sur le *damnatus* est essentiellement liée à la personne de ses créanciers, et qu'elle ne saurait être considérée comme un élément actif, facilement traduisible en un droit de propriété sur une somme d'argent et entrant

ment personnelle. L'exécution sur la personne conduit indirectement et par voie de conséquence à l'obligation sur les biens. De même qu'à l'époque classique l'homme libre, qui devient esclave, fait acquérir à son maître, avec sa personne, son patrimoine tout entier, de même le prêteur acquiert avec le débiteur insolvable l'ensemble de ses biens. C'est là une véritable pétition de principe. Sans doute, il est vrai qu'à l'époque classique, dans les cas très rares où une personne libre peut devenir la propriété d'une autre personne, un citoyen fasse nécessairement acquérir son patrimoine au maître. Mais à l'époque primitive, affirmer une telle proposition, c'est supposer, ce qui serait justement à démontrer : à savoir que le patrimoine fut déjà considéré comme un tout, accessoire de la personne, *universitas* ABSTRAITE juridiquement distincte des objets concrets soumis au droit de propriété. Il nous paraît au contraire qu'à cette époque les *bona* ne sont que la somme des objets corporels qui sont sous la dépendance d'un même individu. La division entre *familia* et *pecunia* a disparu. Mais cela ne veut pas dire que la famille perde tous ces droits, que les anciens biens familiaux aient immédiatement pris ce caractère de stricte dépendance de la personne qui était celui de la *pecunia.* Il est fort probable, au contraire, que la vente du *damnatus trans Tiberim,* n'entraînait aucunement la vente des biens dont il était le chef d'exploitation. Ceux-ci restaient aux mains de la famille.

Autre explication du *nexum* dans Schlossmann, *Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren,* 1904, et *Der Nexum,* 1904.

à ce titre dans les biens du créancier, dont l'ensemble répond à la notion de patrimoine.

Nous retrouvons les mêmes idées, dans l'étude du contrat littéral. L'écriture exerce un mystérieux prestige sur l'homme primitif (1). Il lui semble que quiconque possède son nom écrit sur une table, a acquis sur sa personne une puissance. Là encore mêmes caractères : seule la personne dont le nom a été écrit est engagée ; seule la personne qui a inscrit le nom sur son registre a acquis cette puissance.

Dans l'ancien concept romain, la dette et la créance sous quelque forme qu'elles se présentent, de quelque manière qu'elles aient été contractées, n'intéressent donc que la personne du débiteur, celle du créancier, et n'entrent nullement à titre de valeur ou passive ou active dans le patrimoine de l'un ou de l'autre. La créance est à l'origine un droit attaché à la personne comme l'usufruit. L'obligation est un droit existant entre deux personnes, créé pour permettre à la première d'exiger une prestation de la seconde. On peut dans l'état actuel de la science considérer comme établi le principe de l'intransmissibilité première même à titre universel des créances et des dettes en droit romain (2). La

(1) Cf. Huvelin, *Les tablettes magiques et le droit romain* (1900).

(2) L'intransmissibilité première des obligations en disparaissant du droit romain, paraît à M. Esmein (N. R. H. 1887, p. 48 et s. : *Courtes études*, I) avoir laissé des traces certaines que l'on retrouve encore dans les textes de l'époque classique : ex. : on ne peut ni stipuler ni promettre pour après sa mort ; extinction par la mort des obligations du *sponsor* et du *fidepromissor* ; intransmissibilité passive des actions *ex delicto*. intransmissibilité active et passive des obligations *vindictam spirantes*..., autant de survivances M. Cuq pense

non patrimonialité de la créance et de la dette découle logiquement de cette intransmissibilité. L'obligation primitive est un lien personnel (1), elle ne saurait être un

que l'intransmissibilité des dettes ne s'appliquait qu'aux héritiers externes. « Le droit civil, dit-il, l'avait écartée dans les cas où elle était de nature à se présenter le plus souvent, en matière d'hérédité. M. Esmein est d'avis contraire. Il semble bien que l'on doive suivre M. Esmein en cette matière.

C'est de l'extinction des créances et des dettes par la mort du créancier ou du débiteur qu'est née la préoccupation générale dans les législations primitives de remédier à la précarité de la créance et de la dette en multipliant les créanciers et les débiteurs. Cf. Esmein, N. R. H., 1887, p. 50 et s. ; Cuq : *Recherches historiques sur le testament per æs et libram*, N. R. H. 86, p. 545 et s. ; Gérardin, *Le legs de la chose d'autrui*, N. R. H. 87, p. 711, note 1 ; § 32, note 34.

Certains textes des compilations justiniennes attribuent aux XII Tables l'institution de la transmissibilité à titre universel aux obligations : Dioclétien, C. 2, 3, *De pactis*, 26 (XII Tables, 5, 9) ; Valerien, I, C. 8. 32 ; Gordon, C. 6, C. III, 36. Plus anciennement, Paul. (Liv. 25, § 9. X. 2) ne parle que des *créances*. Ces textes sont d'une époque récente et n'ont point de valeur au point de vue historique. Il est beaucoup plus probable, d'après Kuntze (*Excurse*, p. 142 et 159, 2e éd. 1880 et *Cursus*, § 134 et 135) qu'après l'époque des *decemvirs* les créances et les dettes ne faisaient pas encore partie de la *familia*. Les XII Tables avaient établi les règles du partage, l'action *familiæ erciscundæ*, mais on ne considérait à l'origine comme chose à partager que la masse concrète des biens corporels, elle seule formait le patrimoine familial.

(1) Cf. Pour le droit égyptien primitif. E. Revillout, *Créance et droit commercial dans l'antiquité* (1897), p. 86 : « Du temps de Bocchoris, la personne elle-même, la liberté du débiteur pouvait être mise en gage. — En ce qui concerne le droit romain, V. Cuq (N. R. H. 86, p. 543) : La règle « *noxa caput sequitur* » est une survivance de la notion primitive de l'obligation. La victime a un droit sur le corps du délinquant, fils ou esclave, il doit lui être livré. En rapprocher ce curieux passage du Gaius d'Autun, Liv. 4, § 82 et 83 (textes Girard, 3e éd.,

bien. De fait, c'est le corps même du créancier qui est engagé et non son patrimoine. C'est ce corps que l'on pourra revendiquer (1). L'emprunteur est considéré comme un objet de possession. Le droit du prêteur sur lui est, il est vrai, analogue au droit de propriété (2). Toutefois ce droit réel sur la personne — purement éventuel — jusqu'à l'intervention de la *manus injectio* — n'a aucune valeur pécuniaire. On ne peut le faire rentrer dans la masse des biens du créancier, d'autant plus que, même exercé, il ne survit pas à la mort de

p. 345) : « Noxali actione potest servum *etiam mortuum* in noxam dare... Et non solum si totum corpus det, liberatur, sed etiam si partem aliquam corporis. Denique tractatur de captillis et unguibus an partes corporis sint. »

(1) V. Ihéring, *Hist. du dév. du Dr. Rom.*, pp. 93-94 : « Le créancier... obtient un droit sur le corps du débiteur... L'homme désormais appartient au créancier... il ne peut personnellement agir en justice contre lui pas plus que toute autre personne soumise à la puissance domestique ; — comme pour cette dernière lorsqu'elle conteste sa sujétion, il faut qu'un tiers, le *vindex*, intervienne et plaide sa libération. — Cf. Cuq, I. J., I, p. 337. — Festus : « Vindex ex ab eo, quid vindicat, quo minus qui prensus est ab aliquo teneatur. »

(2) Cogliolo et Padeletti, *Storia del diritto romano*, 1886, p. 221, note 3, 220, 231 b, p. 250, 251, note *a*, 702. — Cf. Cogliolo, *Evoluzione*, 1885, p. 92 et s. — Tamassia, *Le alieazioni degli immobili*, 1885. - Kuntze, *Die obligationem im Römischen und Heutigen Recht*, Leipzig, 1886, p. 4, 18 sq. — Cuq, N. R. H. 86, p. 543 sq. ; H. Kruger, *Geschichte d. capitis dimmutio*, t. I, Breslau, 1887, p. 287 sq. ; Gaddi (trad. Muirhead) note 185 ; Gérardin, N. R. H. 87, p. 711, note 1. — Gradenwitz, *Zwangsvollstreckung Urtheilsicherung*, 1888, p. 9 et sq. — Muirhead, *Introd. histo. au dr. privé de Rome*, traduct. Bourcart, 1889, p. 240. — Cf. Bourcart, note sur Muirhead, note *e*, p. 588. — Pour le droit attique, Dareste, *Comptes rendus de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1875, I, p. 588 et sq.

celui qui l'exerce. En ce sens, il est tout aussi personnel que le besoin de vengeance dont il n'est qu'un dérivé.

L'obligation, c'est pour le Romain, *l'obligatio personæ*, c'est l'acte par lequel il dispose de sa personne non de son patrimoine (1). C'est pourquoi, nous l'avons vu, les voies d'exécution forcée portaient uniquement à l'origine sur la personne du débiteur. Il en est ainsi chez tous les peuples peu avancés. Ces idées se retrouvent et dans le très ancien droit romain et dans le vieux droit germanique. « La servitude pour dettes, dit M. Simrock (2), ne donnait pas seulement au créancier droit de vie ou de mort sur le débiteur ; après la mort de celui-ci, il pouvait encore disposer de son cadavre. » Le débiteur mourrait-il avant d'avoir été poursuivi par le créancier, son patrimoine passait à sa famille, aux héritiers siens, aux agnats. Ses dettes qui n'en faisaient point partie, n'atteignaient en rien ses héritiers. Elles ne mouraient cependant pas avec le débiteur. Les créanciers s'emparaient du corps du défunt, c'est sur ce corps que portait leur droit. Ils le privaient de sépulture, peine terrible selon les idées religieuses de la cité antique (3).

(1) Gérardin, *Etude sur la solidarité*, N. R. H. 1884, p. 242.

(2) *Quellen des Schakespeare*, p. 237.

(3) Cf. Esmein, *Mélanges*, Les débiteurs privés de sépulture. — Lois de Justin (520) et de Justinien (537). L. 6, Code Just. IX, 19 ; Novelle LX, princip. (edit. Kriegel). St-Ambroise, *de Tobia*, t. X (2e moitié du IVe siècle). — M. Esmein voit dans ces prohibitions de l'arrêt des cadavres, l'indice d'un phénomène de renaissance, de la réapparation de l'ancienne coutume barbare, du réveil d'un souvenir vague des usages antiques favorisé par la désorganisation anarchique de la société byzantine.

Pour l'ancien droit, Zoezius affirme au début du XVIIe, qu'il existe encore en Belgique des lieux où la sépulture est refusée *ob debitem*

§ 3. — Naissance de la notion de « biens incorporels » patrimoniaux. — La succession aux dettes « ultra vires ». — L'exécution des obligations du vivant du débiteur sur la valeur active de son patrimoine. Le droit romain évolue vers la notion de la dette valeur passive du patrimoine, de la créance valeur active du patrimoine

Cette crainte d'un malheur sans fin pour l'âme du débiteur avait donné naissance au testament (1). Tandis que les biens familiaux accroissaient aux copropriétaires nous avons vu que l'institution d'héritier (2) ne portait à

civile. — Voet fait encore la même observation (*Comm. ad. Pandect*, XLVII, 12, n° 4). Perezius (*in codicem*, IX, 12) parle d'une constitution de Charles-Quint qui abolit le droit d'arrêt sur le cadavre.

En ce qui concerne le droit comparé, Kolher, *Shakespaere vor dem Forum der Jurisprudenz* Wurtzburg, 1883, p. 7, p. 20 ; — *Das Recht als cultu erscheinung*, Wurtzburg, 1885, p. 17 et s. — Norvège : Dareste, *Journal des Savants*, 1881, p. 300, etc.

(1) Sur l'horreur singulière qu'éprouvèrent les Romains pour la mort sans testament. V. S. Maine. *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la Société primitive et avec les idées modernes* (trad. Courcelle-Seneuil), 1874, p. 206.

(2) *Contra*, Cuq. N. R. H. 86, p. 533. D'après M. Cuq, le testament primitif n'impliquait ni l'institution d'héritier ni la responsabilité des dettes. Pour aboutir à cette idée, M. Cuq part des caractères de la *mancipatio familiæ*. N'y aurait-il pas lieu de distinguer entre le testament *per æs et libram*, simple expédient destiné à faire parvenir par une vente factice des biens corporels à ceux à qui on les destine et les anciens testaments : *testament calatis comitiis*, etc. ?... D'après le témoignage de Gaius, le mot *familia* n'est pas pris dans l'expression *familiæ mancipatio*, comme l'opposé du mot *pecunia*, il est synonyme de « patrimoine ». La dualité patrimoniale primitive s'est effacée. Cf. Cuq. *loc. cit.* p. 553. — Gaius, Comm. II, 102.

l'origine que sur la *pecunia* émanation de la personnalité de l'homme, en quelque sorte confondue avec elle.

En créant un héritier, le défunt crée un continuateur de sa personne, il échappe ainsi à la saisie du cadavre et aux conséquences néfastes qui en sont la suite. L'héritier, c'est la personne même du défunt qui subsiste, qui est censée continuer (1). C'est un second de *cujus*. Il portait très probablement le masque du défunt dans le cortège funèbre (2). La personne de débiteur était le gage des créanciers, la personne de l'héritier sera ce gage. Il n'y a pas à s'occuper de la consistance de la *pecunia* recueillie. L'obligation ne porte pas sur les biens acquis mais sur la personne de l'héritier. Celle-ci devra jusqu'à extinction complète de la dette. Telle est l'origine de l'obligation *ultra vires* (3). Le *de cujus*

(1) Cf. Neuner. *Die Heredis Institutio ex re certa* § 4 «... das Heres... trat noch in andere, dem Erblasser persönlich theure Beziehungen und Verhältnisse ein... »

(2) Il n'y a évidemment là qu'une hypothèse mais très vraisemblable et à la valeur de laquelle croient de bons esprits. Plus tard la représentation du défunt dans le cortège funèbre fut dévolue à un acteur.

(3) Il a été présenté d'autres explications de l'obligation *ultra virés*, I. Accarias, *Précis de Dr. Rom.*, t. I, nº 76. Scialoja, *Bulletino nell' Institute di Diritto Romano*, anno 1890, t. III, p 176-177 ; Sohm, *Institutionen*, § 109. — La copropriété familiale permettrait de comprendre que l'obligation aux dettes dépassa la valeur des biens reçus. C'est la famille qui aurait été titulaire de tous les droits actifs et passifs. Le chef n'aurait été que son mandataire. Le nouveau *paterfamilias* serait un nouveau mandataire. Le sujet juridique, la famille, ne changerait point ; et ainsi expliquerait que, malgré la conception spéciale que les Romains se faisaient du rapport de droit envisagé comme un lien immuable entre deux personnes, au point qu'aucun des deux termes ne pouvant être modifié, les dettes fussent

institue le plus souvent comme héritiers de sa *pecunia* et continuateur de sa personne les *heredes sui*, ceux qui devaient lui succéder dans l'administration de la *familia*. Quand la distinction des deux patrimoines disparut, tous les successeurs à l'universalité des *bona* furent regardés comme successeurs de la personne. Ainsi s'établit une corrélation non douteuse entre la masse des biens corporels du défunt et ses dettes. Les deux se transmettent à la fois. Et l'on ne peut cependant pas dire que les dettes fassent, dès lors, partie intégrante du patrimoine. En effet, si le patrimoiue du *de cujus* formait un tout dans lequel le passif serait la contre par-

transmissibles à titre universel *mortis causâ*. Ce résultat, dit-on, était possible parce que, en réalité, il n'y avait pas alors transmission; le sujet de droit : la famille restant la même.

Cette théorie ne saurait être admise. Il est en effet certain que dans les premiers temps de Rome, les obligations furent intransmissibles d'une façon absolue. Or, c'est à ce moment là même que la copropriété familiale était la plus forte. Si la famille en avait été alors titulaire, comment ces obligations se seraient-elles éteintes à la mort du *pater*. Si la famille n'en avait pas été titulaire alors, comment le serait-elle devenu depuis ?

H. Esmein et Cuq, dans N. R. H., 1886, p. 547. *Inst. jur. des R.*, t. I, p. 517. L'obligation *ultra vires* serait le résultat accidentel de l'union intime que dans leur intérêt les pontifes établirent entre la continuation des *saera* et la qualité d'héritier. La même idée fut étendue des dettes divines aux dettes humaines (Cf. Esmein, N. R. H. 1887, p. 57 et suiv.).

Cette théorie complète plus qu'elle ne contredit celle indiquée au texte.

Sur l'influence réciproque du culte des ancêtres et des règles de l'hérédité, voyez H. Summer-Maine, *Etudes sur l'anc. Droit et la coutume primitive*, 1884, p. 109 : ch. IV, Le culte des ancêtres et 'hérédité.

tie de l'actif, cet actif, mais cet actif seul répondrait des dettes. Le successeur ne serait tenu des dettes de son auteur que jusqu'à concurrence de ce qu'il recueille mais non au-delà des forces de la succession et sur sa propre fortune. Et cependant il y a bien, dans cette transmission simultanée, les éléments d'une évolution non douteuse vers la patrimonialité de l'obligation.

En ce qui concerne les créances, elles vont passer à l'héritier, — à l'aide, il est vrai, de la continuation fictive de la personne, puisqu'elles sont toujours des liens personnels. N'est-il cependant point permis de les regarder comme des éléments du patrimoine? Tout créancier peut désormais compter obtenir, soit de son débiteur, soit des héritiers de celui-ci, une somme d'argent. Sa créance est une valeur, c'est un bien. Sans doute la créance n'est encore transmissible qu'à cause de mort et à l'héritier. Mais on est d'autant plus tenté de le faire rentrer dans la masse des biens, dans le patrimoine que la loi *Pœtelia Paripia* en 428 (1), a supprimé l'exécution sur la personne et accentué ce premier pas vers la créance traduisible facilement en un droit de propriété sur des biens corporels, vers la créance élément actif du patrimoine. On peut fixer au v^e^ siècle de Rome l'achèvement de la conception de la créancc patrimoniale (2).

C'est beaucoup plus tard, sans doute au VII^e^ siècle, que

(1) Sur la date de la loi, voir Girard, *Manuel*, p. 479, note 2.

(2) On parvint difficilement à se représenter un patrimoine uniquement composé de créances. C'est au III^e^ siècle seulement que Papinien envisage la chose comme possible. Ulpien, pour parler de ce cas étrange, se couvre de l'autorité de Labéon. Cf. Dig. Livre V, III fr. 50 *principium* et Liv. XXXVII, I. fr. 3, § 1.

l'on arriva à considérer la dette comme une valeur passive, comprise dans le patrimoine. D'après Tite-Live, au IV^e^ siècle encore, pour établir les listes du cens on estimait la fortune des citoyens sans tenir compte de leurs dettes (1). Les plébéiens, hors d'état de payer leurs créanciers continuaient à figurer dans la classe où ils avaient été inscrits en raison des biens qu'ils possédaient.

Au reste le patrimoine-hérédité ne comprend pas toutes les dettes. En 631, nous voyons le prêteur Sextus Julius César refuser de délivrer une formule contre l'héritier d'un mandataire. Un de ses successeurs M. Drusus autorise au contraire l'action (2). Drusus fut prêteur en 639 environ (3). De là on peut conclure que dans la première moitié du VII^e^ siècle l'obligation des héritiers à certaines dettes de leur auteur était discutée. Dans la seconde moitié du siècle, au contraire, la question est tranchée. En effet, tandis que l'obligation *du sponsor* ou du *fide promissor* ne passe pas aux héritiers, l'obligation du *fidejussor* fait partie du patrimoine et se transmet avec lui. Or la *fidejussio* apparaît entre la loi *Furia* et la loi *Cornelia* (4). La loi *Cornelia* appartient sans doute à la dictature de Sylla (5). La loi Furia se place au plus tard à la fin du V^e^ siècle de Rome (6). C'est donc de la première moitié du VII^e^ siècle que les dettes sont véritablement,

(1) Tite Live, L. VI, 27, 31 ; VII, 22. Cf. Cuq, N. R. H, 86, p. 545.

(2) Ciceron *ad Herem*, II, 13. 19. Cf. Ihering, *La faute en droit privé*, trad. Meulenœre. p. 10.

(3) Il fut consulen 642. V. Ciceron. *Brut.* 28 ; Cuq. *I. Jur.*, p. 700, à qui l'on doit cette argumentation, et Girard, *Manuel*. Cf. E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 39 et suiv.

(4) Girard, *Manuel*, p. 746, note 1.

(5) 672 de Rome.

(6) Girard, *Manuel*, p. 752, note 2 et p. 751, note 3.

au moment de la mort, considérées comme valeur passive du patrimoine du *de cujus*. L'an 631 (1) de Rome marquerait cette étape, d'après Kuntze (2), et il faudrait l'attribuer au grand pontife Publius-Mucius Scævola.

Toutefois, l'évolution complète ne fut jamais achevée par le droit Romain. Si l'on admit la transmissibilité des créances, on laissa subsister quant aux dettes le principe que l'obligation crée un rapport purement personnel.

La transmissibilité aux successeurs universels des dettes impliquait la reconnaissance de leur caractère patrimonial. Les Romains ne s'en rendirent pas compte. La règle qui impose à l'héritier la charge des dettes fut moins à leurs yeux la conséquence d'un principe qu'une exception motivée par l'utilité sociale, par les nécessités du crédit. Au IIe siècle de notre ère, Pomponius oppose encore les *res in patrimonio* et les *res in nominibus* (3).

Aussi, loin de tirer les conséquences pratiques de cette idée nouvelle, les Romains nous l'avons vu cachèrent l'innovation sous l'ancienne fiction de continuation de la personne empruntée à la succession testamentaire primitive. On dit qu'il y avait entre le défunt et son héritier, quel qu'il soit, identité de personne juridique. Cela permit de concilier avec l'antique notion de l'obligation, lien entre deux personnes, des solutions pratiques qui la contredisent formellement.

(1) 123 avant J.-C.

(2) *Excurse*, p. 159-160 et note 3. Cf. *Die obligatio in röm, ü. heut. Recht*, p. 16, note 7.

(3) Fr. 9, D. XLVI, 6. — Cf. D. XXXVII, 29. 2.

Cela prouve combien les Romains sont arrivés lentement à l'idée *d'unversitas juris*, à la conception du patrimoine ensemble de biens, considérés en tant que valeurs et déduction faite des charges qui les grèvent.

C'est vers la fin de la République (1) seulement que la créance devient, par les procédés de la délégation et de procuratio in rem suam, une véritable valeur, susceptible de se traduire en argent, un bien incorporel (2) pouvant former avec les autres biens un même groupe, faisant en un mot partie du patrimoine.

La langue était faite et le sens du mot « patrimonium » arrêté, à l'époque où les idées juridiques se modifièrent ainsi. On préféra employer le terme *bona* pour caractériser l'ensemble des biens corporels et incorporels d'un chef de famille (3).

Quant à la dette, elle ne perdit jamais à Rome son caractère personnel. Jamais les Romains n'arrivèrent à l'idée qu'un ensemble de valeurs devait renfermer aussi les valeurs négatives qui en sont la charge (4). Les dettes ne pouvaient passer en principe d'un groupe de biens à un autre, elles liaient la personne qui les avaient contractées.

Si jamais les dettes en droit romain ne furent regar-

(1) Cf. Girard, p. 725.

(2) Cette notion vient peut-être du droit babylonien par l'intermédiaire du droit des gens. Cf. E. Revilloud, *Les obligations en droit égyptien*, 1886, p. 45, p. 51, p. 476, qui enseigne cette idée.

(3) Cf. Cuq, N. R. H. 1886, p. 545 ; V. Ihering, *Hist. du dév. du Dr. Rom.*, 1894, trad. Meulenære, 1900, p. 75 et suiv.; Birkmeyer, *Uber das Vermögen in juristichen Sinne*, 1879, p. 3 et sq.

(4) Cf. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes*, Th. Dijon, 1898, pp. 154, 191.

dées comme de simples valeurs négatives, facilement transportables d'un patrimoine à un autre ; si elles gardèrent toujours leur caractère personnel, elles devinrent cependant une charge des biens.

Non point que l'on considéra les biens, valeurs actives du patrimoine comme affectés aux dettes, mais plutôt parce que, s'emparer des biens parut un moyen d'exercer une pression sur la personne, véritable objet de l'obligation. C'est, en effet, toujours la personne que l'on cherche à atteindre. La loi Pætelia Papiria décide qu'on l'atteindra désormais dans ses biens et non plus dans sa liberté. Il y a là néanmoins un acheminement vers la patrimonalisation de la dette, nous l'avons dit. La loi n'avait en apparence qu'un résultat : forcer les parties à une transaction. En fait, les futurs créanciers vont prendre l'habitude de faire l'estimation pécuniaire des fortunes de ceux auxquels ils pourraient prêter. Ils préfèreront toujours ceux qui pourront s'acquitter sur leur patrimoine à ceux qui se livreront en servitude.

Par un acheminement lent on arrivera au VII^e^ siècle à regarder une fortune comme une masse abstraite et changeante, dont les éléments sont envisagés en tant que valeur pécuniaire et dont l'ensemble se ramène lui-même à l'idée de valeur. Ce progrès est dû à l'organisation par le Prêteur d'une voie d'exécution sur les biens, ou plutôt, devrais-je dire, d'un nouveau mode d'action sur la volonté de la personne (1).

(1) Il faut placer cette réforme entre 628 (loi Æbutia) et 636 (2^e^ préture de R. Rufus auquel il faut attribuer l'innovation), d'après Gaius. Cf. Girard, *op. cit.*, p. 1009, n° 2.

Voici cette procédure : Le patrimoine est saisi à la requête des créanciers (*missio in possessionem*) et, après certains délais et certaines formalités, il est vendu au profit de tous (*venditio bonorum*) à un personnage qui prend l'actif en assumant l'obligation de faire face aux créanciers, de les payer en tout ou en partie selon le cahier des charges s'il ne conteste pas régulièrement leurs créances.

Ce fait nous montre que les Romains sont parvenus parfois au concept de destination économique, centre du patrimoine. Sans doute, c'est dans la personne qu'ils placent, en général, le facteur d'unité qui groupe les biens en masses distinctes. On ne peut cependant dire qu'ils aient établi un lien *nécessaire* entre la notion de patrimoine et le concept de personnalité. Ici, nous voyons une personne en remplacer une autre sans que le patrimoine subisse aucune modification, aucune altération. Les *bona* du *venditus* subsistent dans leur interdépendance pendant le temps nécessaire à la liquidation.

Ainsi donc le Prêteur autorise pour la plus petite dette la saisie du patrimoine entier. Et néanmoins, nous n'osons encore affirmer que la dette grève le patrimoine. En effet, c'est la volonté du débiteur qui est restée l'objet de l'obligation. Mais comme on ne peut se payer directement sur un patrimoine sans le consentement de son titulaire, la *venditio bonorum* a pour but de faire passer le patrimoine du débiteur qui n'exécute pas volontairement à un *emptor bonorum*, qui exécutera à sa place (1) ; à

(1) Dernburg, *Uber die emptio bonorum*. 1858, p. 13 et suiv.; Girard, *Manuel*, p. 1835; Cogliolo, note 5; *Storia* de Padelletti, p. 341, note *d*.

une volonté on en substitue une autre ; c'est toujours la volonté, la personne que lie l'obligation ; celle-ci ne rentre pas encore dans le patrimoine.

Cependant un grand pas est fait. Le droit s'est avancé rapidement vers l'idée que les dettes rentrent dans le patrimoine, en sont la valeur passive et inséparable, avec lui transmissibles et le grevant entre toutes les mains. Car si on y regarde de près, cette procédure ne l'admet-elle pas ? Le patrimoine forme un tout, une valeur affectée aux dettes faites par une personne, mais cette personne n'est rien. Elle liait en un faisceau les droits à elle rattachés. Ce faisceau, on peut sans rien changer, le détacher d'elle. Le patrimoine peut changer de titulaire. S'il forme un ensemble, désormais ce n'est plus comme dépendance de la personne du débiteur mais comme gage des créanciers, qui se paieront sur sa valeur économique au prorata de leurs créances.

Toutefois l'infamie qui s'attache à celui qui a été dépouillé de son patrimoine par la *venditio bonorum* montre que la notion de personnalité joue encore un rôle. Il semble que celui dont le patrimoine a été transféré par voie de justice à un autre soit dépouillé d'une partie de sa personnalité. Il est frappé d'une *nota*. Ce n'est plus un citoyen complet (1).

Le patrimoine tend désormais toujours davantage à être considéré moins, comme l'ensemble de tels biens corporels individuellement désignés, reliés par leur commune appartenance à un même *pater* avec la personnalité duquel ils se confondent — que — comme une valeur tout à fait indépendante de la nature des

(1) Gaius, II, § 154.

biens qui la composent ; susceptible, du reste, de variations, d'ailleurs limitées (1) ; douée d'une existence objective, capable de se détacher de la personne. Cette valeur est obtenue par la déduction du passif sur l'actif. Elle n'est que l'expression des réactions réciproques d'une série, de droits combinés entre eux parce qu'ils ont tous un même but économique, qu'ils rentrent tous dans la sphère d'activité d'un même individu.

La conception nouvelle permet de ne plus voir dans la personne le seul centre autour duquel viendront se grouper des biens pour former un patrimoine, le seul but social auquel peut être affecté un ensemble de droits. Au reste la vieille notion de patrimoine collectif du peuple romain n'avait pas subi d'éclipse (2). Le droit de Justinien verra apparaître les patrimoines d'associations, et les fondations patrimoines indépendants.

Mais avant d'esquisser ces institutions, il nous faut retracter quelques traits du patrimoine en droit romain. Ce que l'on nomme son affectation aux créanciers et sa transmissibilité à cause de mort ont été étudiés avec sa formation même. Il nous reste à parler de sa divisibilité et à envisager le problème de sa transmissibilité entre vifs.

§ 4. — Divisibilité du patrimoine. — Le pécule. — Le pécule est un patrimoine détaché. — Pécule formé d'éléments empruntés à différents patrimoines. — La dot.

Le maître peut détacher de son patrimoine une masse

(1) Principe de l'action Paulienne.

(2) Il nous est impossible d'en suivre l'histoire. Celle-ci se rattache au droit public.

de biens qu'il laissera à l'administration de l'esclave ou du fils de famille. Cet ensemble, tout en faisant en droit partie de la fortune du maître, va acquérir une existence distincte : c'est le pécule.

Le Prêteur admit que par cette concession le maître entendait donner pouvoir à l'esclave d'engager le pécule jusqu'à concurrence de sa valeur (1). L'ensemble des biens — argent, champs, autres esclaves — et des obligations, créances et dettes que forme le pécule, est, dès lors, tout à fait semblable à un patrimoine (2). C'est un petit patrimoine séparé dans le patrimoine du *paterfamilias*. Ainsi le définit Tubero (3) : « Peculium dictum est quasi pusilla pecunia, sive *patrimonium pusillum*... quod servus domini permissu *separatum* a rationibus dominicis habet.. ,» Les esclaves ont leur pécule comme patrimoine (4), dans celui-ci ilsfont rentrer dettes et créances contre des hommes libres, contre leurs maîtres, contre d'autres esclaves pourvus de pécule (5). Leurs créanciers exerceront leurs droits sur la valeur active du pécule au

(1) Le mécanisme du pécule introduit par le Prêteur est d'origine babylonienne assure M. E. Revillout *(Les obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité* 1866, p. 59 et *appendice sur le droit de la Chaldée*), du même auteur : *La créance et le droit commercial dans l'antiquité*, 1897, p. 141. Nous renvoyons à ces ouvrages pour le droit des peuples aryens. Cf. sur le pécule, S. Maine : *L'ancien droit et la coutume primitive*, 1884, p. 338.

(2) Cf. Pernice, *Labeo*, I, p. 121, 126.

(3) Dig. Livre 15, I, fr 5, § 4 (Ulpien).

(4) *Als « quasi patrimonium »*, Bekker *Zweckwermögen; Zeitschrift für gesamte Handelsrecht*, t. 4, p. 502. Cf. Dig. Liv, 15, 1, fr. 32 pr. et 19 § 1.

(5) Cf. Plaute.

moyen de l'action *de peculio*. Que si le pécule est consacré à des affaires commerciales, les créanciers le poursuivront collectivement par l'*actio tributoria* (1). Le petit patrimoine de l'esclave pourra du reste lui-même se diviser. Une partie du pécule seulement sera, par exemple, affectée au commerce sous le nom de « merx peculiaris ». Et ce patrimoine d'affaires formera une entité détachée du reste du pécule (2). L'esclave pourra avoir plusieurs fonds de commerce distincts. La procédure collective de l'act. tributoria sera exercé séparément contre chaque établissement considéré comme un patrimoine différent (3).

Dans son ensemble, le pécule forme un tout qui se ramène à l'idée de valeur. De cette valeur il faut déduire les dettes contractées par l'esclave; celles-ci n'engagent pas la personne de l'esclave, elles n'atteignent pas davantage la personne du maître. Elles grèvent le seul pécule.

La volonté, la capacité du maître, une fois le pécule constitué, sont sans influence sur la validité des obligations contractées par l'esclave (4). Le *paterfamilias*

(1) Gaius, 4. 72. *Inst.* 3. 17, 4. 72. L'act. *tributoria* était déjà connue de Labeon. Dig. Liv. XV, 1, fr. 7, § 4 ; fr. 9, § 2. Voir Accarias, *Cours de Dr. Rom.*, 4e édit., t. II, p. 1031, nº 880.

(2) Dig. Liv. XIV, t. IV, fr. 1, § 1; fr. 5, § 11.

(3) Dig, L. XIV, IV, fr. 5, § 16. — Maynz, *Cours de Droit Romain*, 1877, t. II, p. 268.

(4) Obligations contractées sans la connaissance du maître, Dig. Livre XV, I, fr. 37, § 1 ; Liv. XIV, IV, fr, 1, § 1-3 ; fr. 3 princ. ; fr. 5, § 1, — et même contre la volonté du maître formellement exprimée, Liv. XV, I, fr. 29, § 1; fr. 47 princ. ; Liv. XIV, III, fr. 17, § 4, — en cas d'incapacité du maître *impubes* ou *furiosus*, L. XV, I, frag. 3, § 3 et § 4, — alors même qu'il n'y a aucun maître, Liv. XV, I, frag. 3, princip. C'est ce qui a lieu lorsque l'esclave héréditaire contracte avant l'acceptation de l'hérédité.

n'est poursuivi que comme détenteur du pécule jusqu'à la valeur active de celui-ci et seulement aussi longtemps qu'il est maître de l'esclave (1). Les héritiers du maître n'auront à répondre *de peculio* qu'autant que le pécule leur sera parvenu avec une partie de l'héritage (2). Et par contre l'action peut très bien être exercée contre des tiers, du vivant même de l'ancien maître dans le cas où l'esclave a passé en d'autres mains. Ainsi, en cas d'achat, l'action *de peculio* sera exercée contre l'acheteur. Néanmoins, c'est le pécule, et non point l'esclave ou le fils que l'action poursuit. S'il n'y a plus rien dans le pécule, l'action sera sans efficacité, encore que le fils ou l'esclave possède des biens par ailleurs (3). Le maître ne peut abandonner la personne physique de l'esclave par une *datio noxæ*, c'est le pécule qui est engagé, c'est lui qui doit être cédé. L'héritier qui reçoit comme légataire par préciput un esclave sans le pécule n'a pas à répondre de l'action (4). Qu'il reçoive au contraire le pécule avec l'esclave et l'action des cohéritiers contre lui sera fondée (5).

Le pécule, affirmons-nous, est une masse de biens de tous points semblable au patrimoine, contenant ses créances et ses dettes distinctes. Les obligations du pécule se confondent si peu avec celles du maître, qu'il peut y avoir

(1) Et selon l'édit, durant un an encore après qu'il l'a perdu par mort, affranchissement ou aliénation (Dig. L, XV, t. I, § I princip.

(2) D. XV, I, fr. 30, § 1. (Cf fr. 32, § 2, fr. 14, et D. XV, II, fr. 1, § 2).

(3) D. XXXXII, 4, fr. 7, § 15.

(4) D. XV, I, fr 54 et 58.

(5) D. XV t. I, fr. 29. — Sur tout ceci, voir l'étude de Bekker, *Zweck Vermögen, insbesondere Peculium* dans la Z. F. G. H. R. 1891, p. 498 et suiv.

des dettes entre le pécule et le reste du patrimoine du maître (1). Ce dernier se paiera avant les autres créanciers au moyen du *jus deductionis*. Le créancier qui se trouve avoir le pécule en main, se satisfait d'abord lui-même.

La dette est un élément de pécule (2). Elle n'est point un lien personnel qui oblige l'esclave ou le fils de famille. En voici la preuve. A la mort du père, le pécule du fils sera partagé entre les héritiers ; les dettes le seront aussi. Sans doute, le fils, qui était titulaire du pécule, sera poursuivi pour le tout après le partage, mais il aura un recours contre chacun des cohéritiers pour sa part dans le pécule (3).

C'est aussi ce que montre le fameux fragment *fratera fratre* (4). Un fils de famille reçoit de son frère placé sous la même puissance paternelle un prêt, il devient débiteur du pécule de son frère. Le père meurt. Le pécule se partage. Les créances qui en font partie se partagent entre les héritiers au prorata de leurs parts héréditaires ; les dettes se partagent de même. La dette se trouve donc éteinte par moitié, les qualités de débiteur et de créancier se trouvant réunies sur la même tête.

Le pécule a ses rapports particuliers de droit. Il a son administration spéciale, il a une existence propre vis-à-vis du patrimoine du maître. La possibilité d'une responsabilité de l'unique pécule pour les dettes qui

(1) D. Livre XIX, I, fr. 30 pr. ; Liv. XV, I, fr. 6-8 ; fr. 11 pr. ; § 2, fr. 27, § 1 ; Livre XXXIII, VIII, fr. 9, § 1 ; Liv. XV, III, fr. 19.

(2) Cf. Pernice, *Labeo*, 1873, p. 131; Dernburg, *Compens.* p. 118, et Mandry, p. 88, n° 3. Dig. Livre XV, I, fr. 3, § 12 et fr. 9, § 8.

(3) D. Liv. XV, I, fr. 30, § 3 ; Livre X, t. II, fr. 18, § 5.

(4) Africain, Dig. Liv. XII, VI, fr. 38. Cf. E. Revillout, *Les obligations en droit égyptien*, 1886. Introduction, p. LXIV et suiv.

n'ont aucune relation avec l'autre patrimoine le lie vis-à-vis de l'extérieur, en fait une unité, un tout indépendant, un patrimoine distinct. Les créanciers du pécule viennent sur sa valeur avant les créanciers du patrimoine entier du maître (1). Ainsi, tandis que le droit romain, pour ce qui concerne l'homme libre, n'est jamais parvenu à considérer la dette simplement comme une valeur passive du patrimoine, il a su l'envisager sous cet angle, en ce qui regarde l'esclave ou le fils de famille pourvu d'un pécule. Alors plus de lien personnel, l'obligation est toute patrimoniale.

La création du *peculium castrense*, à l'époque d'Auguste, en faveur du fils de famille, opère une division nouvelle dans le pécule (2), fraction lui-même du patrimoine du *pater familias*. On fait une situation à part à une portion de l'ancien pécule, aux biens que le fils a acquis en raison de sa qualité de soldat. Ceux-ci sont pleinement soumis au pouvoir du fils. Le père ne saurait s'en emparer. Le fils peut en disposer par testament. Ils font cependant toujours partie du pécule. Si le fils meurt sans testament avant le père, celui-ci les appréhendera *jure peculii* (3).

Plus tard, et à partir de Constantin, on a assimilé sous le nom de pécules quasi-castrense aux biens acquis par le fils de famille comme militaire, ceux lui provenant de l'exercice d'une fonction de la Cour, de l'Etat ou de l'Eglise.

(1) En cas de faillites et pour ce qui concerne la *merx peculiaris*, voir Dig. Liv. XIV, t. IV, fr. 5, § 15 et 16.

(2) Dig. Liv. X, t. II, f. 25, § 1

(3) Dig. L. XLIX, t. XVII, f. 2.

A la même époque, l'enfant acquiert un patrimoine qui lui est propre (1) : ce sont les *bona adventicia*, les biens acquis de la succession de sa mère (*bona materna*), de son conjoint, de son fiancé (*bona mat rnis generis*). Justinien compléta la réforme. Ce patrimoine adventice était, du reste, dès avant lui, objet de succession à la mort de l'enfant, susceptible de se transformer en hérédité. Il ne revient plus au père *jure peculii* en aucun cas. Il ne fait point partie du patrimoine du père qui n'a sur ces *bona adventicia* qu'un droit de disposition et de jouissance.

Cette étude du pécule nous montre que les Romains ont reconnu la possibilité d'établir des divisions dans ce tout qu'est le patrimoine du *pater*, d'y distinguer des unités complexes formées d'éléments patrimoniaux réunis par un but commun et par une administration conforme à ce but, et de le séparer aussi en autant de masses de même nature que l'on aura d'esclaves pour les administrer. Ces petites unités seront tout à fait semblables au patrimoine qui les renferme. Comme lui ce sont des ensembles de biens et de dettes, que l'esprit ramène à l'idée d'une valeur pécuniaire unique, consacrée à une destination, et indépendante de la nature des objets particuliers qui successivement la formeront.

Ce sont de petits patrimoines. Ces petites entités pourront même se former d'éléments pris dans différents patrimoines, se composer de biens appartenant à plusieurs maîtres. Il suffit pour cela de supposer un esclave appartenant à plusieurs copropriétaires qui lui ont chacun constitué son pécule pour partie. Le lieu qui réu

(1) Cf. Girard, *Manuel*, Livre II, ch. III, p. 139.

nira ces diverses fractions pour en faire un tout, un patrimoine, sera leur commune affectation à l'administration d'un même esclave. Ce pécule aura ses créanciers et ses débiteurs, sa vie propre, son développement particulier, son indépendance juridique. Il est autonome.

La personnalité à laquelle le pécule emprunterait son existence, s'il est nécessaire que le peuple emprunte son existence à une personnalité, ne pourrait être que celle du maître. L'esclave est un administrateur. Toutefois cette personnalité du maître ne saurait être sa personnalité entière, mais une sorte de personnalité divisée, spéciale au pécule. Mais qu'est-ce qu'une personnalité divisée, une personnalité spéciale au pécule ? En réalité nous arrivons beaucoup plutôt à cette conception : le *pater*, personne unique, peut grouper les différents droits qui lui appartiennent en plusieurs ensembles indépendants en plusieurs petits patrimoines, d'après les différents buts économiques auxquels il les destine. Nous aboutissons à une théorie du patrimoine tout à fait dégagée de la notion de personnalité.

Nous avons déjà rencontré un second groupe de biens séparés, la *merx peculiaris*, le fonds de commerce de l'esclave (1). Il est d'autres patrimoines à buts particu-

(1) On sait que les Romains ne se livraient pas au commerce, mais profitaient du négoce de leurs esclaves. Ceux-ci exerçaient tous les métiers, pharmaciens, armateurs, libraires, etc. Cf. Plutarque, *Caton l'Ancien*, 21 ; Ciceron, *Pro Cluent*, 178. La constitution d'un patrimoine commercial distinct confié à un esclave est très ancienne. On la retrouve en Chaldée, c'est du moins ce qu'affirme Revillout, *Créance et droit commercial dans l'antiquité*, 1897, p. 142 et suiv. : « [Le système du pécule]... est une application remarquable de la savante théorie chaldéenne de la valeur individualisée, vivant de sa vie

liers. La *dos* nous en offre un exemple. A l'origine elle perdait, en entrant dans le patrimoine du mari, toute existence distincte. La nécessité d'en assurer la restitution la fit considérer comme un ensemble indépendant. La dot renferme comme valeur passive les dettes contractées dans son intérêt. Les *impensæ necessariæ* la diminuent (1). Le mari en fera la déduction lorsqu'il rendra la dot. Ce caractère d'un patrimoine, dont le contenu forme encore ici un tout consacré à un but, est arrivé à son plein épanouissement au temps de Julien (2).

§ 5. — Recherches sur la transmissibilité entre vifs du patrimoine.

Le patrimoine est divisible, il est transmissible à cause de mort, est-il transmissible entre vifs ? Quelqu'un peut-il de son vivant donner ou vendre son patrimoine tel qu'il se comporte, avec ses dettes et ses créances ?...

Nous savons que le patrimoine peut être cédé en bloc à

propre restant toujours une seule et même personne comme le corps de l'homme reste toujours une seule et même personne au milieu de toutes les phases de son développement, bien que chacune de ses molécules fasse tour à tour place à d'autres... D'après ce système, le pécule ayant son actif et son passif, ses dettes propres et personnelles, si je puis m'exprimer ainsi, ne donnait naturellement au créancier, en cas d'insuffisance aucun recours sur les biens du maître de l'esclave qui l'avait géré... ». — Pour le droit grec, voir le plaidoyer d'Hypéride contre Athénogène, Revillout, *op. cit.*, p. 11 et s.

(1) Dig. Livre XXV, I, fr. 3 ; fr. 5 princ. et § 2, fr. 15 ; Liv. XXXIII, IV, fr. 1, § 4 ; fr. 2 princ. ; fr. 5 ; Liv. XXIII, II, fr. 61 ; Liv. XIX, I, fr. 30. Cf. Pernice, *Labeo*, p 385 et s. ; p. 397.

(2) Pernice, *op. cit.*, p. 398.

l'emptor bonorum. Il peut encore faire l'objet d'une cession : la *cessio bonorum*. Par l'abandon volontaire de son patrimoine à ses créanciers, le débiteur se soustrait à l'exécution sur la personne. Le débiteur détache complètement ses *bona* de sa personnalité ; les créanciers en partagent la valeur active au prorata de leurs créances. Le patrimoine se liquide dans l'état où il est. Les dettes trouvent dans les biens et dans les biens seulement leur contre-partie. Les créanciers se contentent d'un dividende. Toutefois l'obligation reste personnelle et les biens quelqu'en soit l'origine apparaissent encore comme une prolongation de la personne qui en a la maîtrise. En effet, le débiteur acquiert-il de nouveaux biens, les créanciers pourront exercer contre lui de nouvelles poursuites, procéder à une nouvelle vente. Ces poursuites ne seront du reste autorisées qu'autant que les biens reçus auront une certaine importance (1). Le débiteur ayant cédé son patrimoine ne peut alors être condamné que *in quod facere potest* (2).

L'adrogation, serait-on tenté de dire, ne fournit-elle pas un exemple d'aliénation du patrimoine plus caractéristique encore ? N'est-elle point accompagnée d'une donation à l'adrogeant du patrimoine de l'adrogé lorsque celui-ci est *sui juris* ? En réalité il ne nous semble pas qu'il y ait là véritablement, selon le *jus civile*, transmission de patrimoine. Il y a plutôt disparition d'un but économique. L'adrogé vivra désormais dans la famille de l'adrogeant et la famille forme seule un tout économique d'après les idées d'alors. Remarquons d'ail-

(1) Ulpien, Dig. XXXXII, II, frag. 6 et Modestin, *idem*, fr. 7.
(2) *Inst.*, L. IV, t. VI, § 40 ; Ulpien, Dig. XXXXII, III, frag. 4.

leurs que l'adrogé perd sa personnalité juridique et que ses dettes tombent par l'effet de la *capitis deminutio*. Si le patrimoine de l'adrogé passait à l'adrogeant, celui-ci serait tenu des dettes qui, en réalité et dès cette époque déjà, portent beaucoup plus sur les biens que sur la personnalité. Mais l'évolution de la notion d'obligation, qui de lien personnel devient toujours davantage un droit sur les biens, ne permet point que le passif s'éteigne parce que la personnalité qui en était tenue n'existe plus légalement, alors que les biens qui répondaient de ce passif ont passé à une autre personne. Ainsi le Prêteur décida-t-il qu'en pareil cas celui qui recueillerait l'actif ne pourrait le conserver que déduction faite des dettes (1). C'était en somme regarder les *capitis deminutiones* comme opérant transfert de patrimoine.

Ainsi, nous voyons le droit romain admettre comme une chose parfaitement possible qu'un patrimoine se puisse séparer de la personne de son titulaire et cependant continuer à former un tout, dont les éléments réagissent les uns sur les autres et dans lequel le passif apparaît comme la contre partie nécessaire de l'actif.

§ 6. — L'Hérédité jacente.

En droit romain, s'il n'y a point d'héritier sien ou nécessaire, la succession déférée au successible l'attend.

(1) Ce résultat est obtenu par différents moyens : octroi de l'action *de peculio* contre l'adrogeant, en considérant le patrimoine de l'adrogé comme un pécule ; *restitutio in integrum* dans d'autres cas, ou encore *action* contre celui à qui est allé l'actif, si celui-ci refuse d'y répondre *saisie* et *vente* des biens. Cf. sur ces points Girard, *Manuel*, p. 194.

L'hérédité n'est pas acquise de plein droit. L'héritier l'accepte et la prend quand il le veut. Jusqu'à ce moment elle *est jacente* et sans maître. Au-dessus de toute discussion on peut tenir pour établi solidement, au point de vue théorique comme au point de vue pratique que cette hérédité forme un patrimoine ; reste destinée à l'héritier malgré tous les changements et doit comprendre toutes les charges accrues conformément au droit dans l'intervalle du temps compris entre le décès du *de cujus* et l'acceptation (1). Ce qu'il y a de curieux c'est que l'hérédité jacente ne se cristallise point ; ne forme point un patrimoine à liquider comme tel, le passif devant tirer toute sa valeur de l'actif dont on ne saurait le séparer. Il ne s'agit pas seulement d'une masse de valeurs interdépendantes — parce qu'ayant été toutes sous l'administration d'un même individu mort aujourd'hui ; toutes destinées à la satisfaction des besoins d'un homme qui maintenant n'est plus — masse qui conserverait son unité tant qu'elle n'aurait pas été liquidée et tant que cela serait nécessaire à sa liquidation. L'hérédité jacente est susceptible d'augmentation ou de diminution. Le patrimoine que recueillera l'héritier acceptant, après un certain délai, pourra être sensiblement différent, au point de vue actif (2) comme au point de vue passif, du patrimoine laissé par le défunt. De nouvelles dettes auront pu naître qui feront partie de cet ensemble.

(1) Cf. Pernice, *Labeo*, I, p. 374.

(2) Ulpien voit dans l'*hereditas* un *juris nomen*. Cf. Dig. Liv. L, t. XVI, fr. 178. « *hereditas* » *juris nomen est quod et accessionem et de cessionem in se recepit hereditas autem vel maxime fructibus augetur*, Cf. Liv. V, t. III, fr. 20, § 3. — On a aussi recours à l'idée d'universalité de valeurs actives et passives. Cf. Liv. III, t. V, fr. 21, et surtout Javolenus, L. XLV, t. III, fr. 36.

A qui appartiendront les droits qui composent l'hérédité jacente ? A quelle personnalité emprunteront le pouvoir de faire naître des obligations les esclaves héréditaires ? Autant de questions qu'ont cherché à résoudre les juristes de Rome. Les plus anciens ne donnent aucune construction particulière du rapport de droit dans l'hérédité jacente, qui garantisse au point de vue juridique abstrait l'existence de la succession sans maître maintenue en fait par la loi. Plus tard les classiques prirent diverses attitudes, essayèrent différentes conceptions théoriques : personnification de l'hérédité, rétroactivité de l'entrée en possession de l'héritier, survie de la personnalité du défunt sans trouver un terrain d'accord. Labéon, dans un texte que rapporte Ulpien, considère l'hérédité comme propriétaire des biens héréditaires (1).

Pour d'autres jurisconsultes elle n'est pas elle-même *domina*, mais tient lieu d'une personne (2). C'est l'opinion de Pomponius (3) comme celle de Gaius (4). Les mêmes auteurs se rattachent du reste tantôt à une idée et tantôt à une autre. C'est ainsi que Ulpien, qui, parfois (5) soutient la thèse de l'hérédité sujet de droits, ne craint pas d'écrire par ailleurs (6) qu'avant l'addition de la succession il n'y a point de débiteur des dettes héréditaires. Il

(1) Cf. Dig. L. XXXVII, t. IV, fr. 1. ...quia hereditati furtum fecit, hoc est dominæ... Cf. L. XLIII, t. XXIV, fr. 13, § 5 ; Celsus, L. IX, t. II, fr. 13, § 2.

(2) Cf. Marcelus : Dig, L. XXXXI, t. III, fr. 15, *principium* : *nam heredidatem in quibusdam vice personæ fungi receptum est.*

(3) Pomponius, L. XI, t. I, fr. 15.

(4) Gaius, L. XXVIII, t. V, fr. 31.

(5) Cf. Dig, L. XXXXIII, t. XXIV, fr. 13, § 5.

(6) L. XIII, t. V, fr. 11 princip.

ne se sert plus de la notion d'*hereditas domina* pour obtenir la solution qu'il juge souhaitable. Au sujet d'une importante question : l'étendue et la signification du pouvoir d'acquisition de l'esclave faisant partie de la succession, Julien paraît clore la controverse qui existait entre les anciens juristes. Il prête une puissance, non point à la personne du maître décédé mais à celle du maître futur (1). L'opinion contraire est cependant encore soutenue par Pomponius (2). Et il semble même que ce fut la conception qui triompha. Ou plutôt, l'on distingua entre l'acquisition en vertu d'un mandat (acquisition *procuratoire*) et l'acquisition dont profitait le pécule (acquisition *peculiaire*). Dans le premiers cas l'esclave empruntait son pouvoir à la personne du *dominus* défunt. Quant au second, la personnalité de l'héritier futur conférait aux *servi* héréditaires la capacité d'acquérir (3) : l'héritier qui accepte est censé avoir succédé depuis la mort du défunt (4). On admettait suivant les besoins l'une ou l'autre idée (5).

Quelle qu'en soit l'explication théorique, il est incon-

(1) Dig, L. XXXXI, t. I, fr. 33, § 2 et fr. 34 : *Nam et condictio quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit ex persona defuncti vires assumit, ut yuliano placet : cujus et voluit sententia testantis personam spectandam esse opinantis. Hereditas enim non heredis personan sed defunct sustinet ut multis argumentis juris civilis comprobatum est.*

(2) D. L. XXXXVI, II, fr. 24 : *Hie enim morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem cujus personam interim hereditas sustinet.*

(3) L. XXXXV, t. III, fr. 28, § 4.

(4) Cf. Florentin Dig. L. XXIX, t. II, fr. 54, idée déjà soutenue par Cassius contre Proculus, D. L. XXXXV, t. III, fr. 28, § 4.

(5) Modestin, D. L. XXXXV, t. III, fr. 35.

testable, nous l'avons dit, que l'hérédité forme un patrimoine, que l'héritier recueillera comme tel, en tant que masse complexe, accrue peut-être depuis la mort du *de cujus*, peut-être diminuée, et dans lequel le passif est la contre-partie inséparable de l'actif.

Ce qu'il y a de remarquable c'est beaucoup moins l'impossibilité de donner un sujet personnel au patrimoine de succession — simple tout objectif dont l'unité juridique provient du but économique — que la difficulté de déterminer jusqu'à l'addition d'hérédité le sujet des droits réels et des obligations qui composent cet ensemble.

Pernice (1) voit un second exemple de patrimoine privé de maître dans celui du *dominus* prisonnier de guerre. Par la *capitis deminutio* le captif perd sa personnalité. A son retour celui-ci recouvrait la propriété de ses biens (*post liminium*). Par l'effet de la fiction de rétroactivité on considérait qu'il n'avait jamais cessé d'être à la tête de son patrimoine. Mais cette fiction n'a pas toujours existé et à l'époque ancienne on regardait le patrimoine et les droits qu'il renfermait comme s'étant maintenus malgré l'absence de sujet juridique. On en trouve la preuve dans un passage de Paul (2) : « *Dum apud hostes Titius esset, negotia ejus administravi ; postea reversus est, negotiorum gestorum mihi actio competit*, ETIAMSI EO TEMPORE, QUO GEREBANTUR, DOMINUM NON HABUERUNT. »

(1) *Op. cit*,, p. 375.

(2) D. L. III, t. V, fr. 18, § 5 ; Le prisonnier, après son retour, avait l'*actio furti* contre ceux qui s'étaient emparés des biens compris dans son patrimoine. Cf. D., L. XXXXVII, t. II, fr. 41 pr.

§ 7. — Patrimoines affectés à des intérêts généraux. — Propriété collective et personnalité morale.

A côté de l'ensemble de droits réunis en faisceau par leur affectation à un individu déterminé, à côté du patrimoine individuel le droit romain a toujours connu les patrimoines consacrés à différents intérêts généraux ou sociaux. Les patrimoines de l'Etat et des villes rentrent dans le droit public. Il nous faut dire quelques mots des biens des associations et des fondations. Les collèges de prêtres, les *decuriæ*, les *societates publicanorum* (1), avaient un patrimoine. Les biens que leur avait affectés le contrat d'association, les obligations (2) qui avaient été contractées pour le but social formaient un ensemble distinct et indépendant des patrimoines personnels des membres (3). Lorsque la loi, ou le prince suivant les époques, avait autorisé la formation de ces associations, de ces *collegia*, la naissance d'un patrimoine social était la conséquence même de leurs clauses, et non d'une concession quelconque distincte de l'autorisation (4).

(1) Un fonds social distinct du patrimoine des membres n'est pas constitué dans les autres sociétés en droit romain. Les sociétés de publicains ont ceci de remarquable qu'à la différence de ce qui se passe pour les associations, la quote-part de chaque membre a une valeur et est représentée dans son patrimoine personnel. On les a comparé à nos société par actions.

Leur patrimoine n'est, en somme, qu'un composé de fractions détachées des patrimoines individuels des sociétaires, dont la destination, à un même but économique, fait la cohésion.

(2) Dig. Liv. III, IV, fr. 7, § 1.

(3) Cf. Pernice, *Labeo*, I, p. 293 et 294.

(4) Gaius, au Dig. Liv. III, t. IV, fr. 1, § 1.

A l'époque chrétienne le droit romain connaît des patrimoines de destination collective qui ne sont point le résultat d'un contrat d'association plus ou moins désintéressé. Ce sont des groupes de biens indépendants organisés pour satisfaire certaines fins religieuses ou charitables, des fondations (1). La fondation centralise des droits appartenant à des personnes concrètes, des biens attribués à des individus réels, pauvres, captifs, etc... Elle les groupe en patrimoine autonome en vue de pourvoir au but désigné par le testateur qui a laissé ces biens et créé ces droits (2).

Une question fort délicate et que nous ne pouvons nous dispenser d'aborder est celle du sujet des droits qui constituent les patrimoines affectés à des intérêts collectifs. Il s'agit là avant tout de conceptions juridiques, et il est difficile lorsqu'on sort du domaine des faits pour chercher comment les interprètes anciens comprenaient ces faits, d'arriver à des conclusions d'une valeur historique très sûre (3).

(1) Girard, *Manuel*, p. 234. — Cuq, *Inst jur.* t. II, p. 794 et 795.

(2) Sur les « piœ causœ », dans le droit de Justinien, voyez l'article de M. Saleilles dans les « *Mélanges* Gérardin », 1907, p. 513. — L'existence, à l'époque de Justinien, de masses de biens indépendantes regardées comme un tout et affectées à des intérêts de bienfaisance, est - quelle que soit l'explication théorique que l'on en propose — enseignée par la plupart des *pandectistes* allemands et des *romanistes* français et italiens. M. Saleilles donne l'énumération d'auteurs qui l'admettent avec références à leurs ouvrages ; Saleilles, *op. cit.*, p. 516, notes 3 et 4.

(3) Les idées que nous présentons ici sont inspirées des résultats auxquels aboutit M. Saleilles et qu'il donne comme *la synthèse des travaux antérieurs*. La discussion des nombreuses études faites sur cette question, avec citation et critique des textes invoqués,

Avant la loi *Julia, de collegis*, rendue sous Auguste, il semble, dans l'état actuel de la science historique, que l'on ait dû regarder les biens de l'association comme la copropriété des membres. Il n'y a pas simple indivision. Par le pacte social, chaque associé s'était interdit de demander sa part dans *l'arca communis* tant que durait l'association. Sa part échappait et à ses héritiers et au gage de ses créanciers. Le patrimoine social apparaît comme un patrimoine séparé, administré au nom de tous les associés mais dans lequel, la quote-part matérielle de chacun n'était déterminée qu'en cas de dissolution ou de retrait de l'un des membres. Cette séparation du patrimoine consacré aux intérêts sociaux et des patrimoines personnels des associés était l'effet du seul contrat.

Après la loi *Julia* l'idée d'*Universitas* apparaît. L'*Universitas*, c'est la collectivité unifiée ; elle s'oppose à la somme des individus. C'est une individualité nouvelle distincte des personnes physiques qui la composent. C'est un sujet de droit autonome, et cependant composé des individualités qui font actuellement partie du collège comme de celles qui en ont fait partie dans le passé, ou qui en ferait partie dans l'a-

ferait la matière de plusieurs volumes !... V. Saleilles, *De la personnalité civile, histoire et théories*, 1910, 3e à 8e leçons, auxquelles nous renvoyons pour les références. Biblio. Hölder, *Natürliche und jüristische Personen* ; Binder, *Das Problem der jnristichen Persönlichkeit ;* Gierke, *Das Deutsche Genossenchaft Recht*, III, § 4 ; Waltzing, *Les corporations professionnelles chez les Romains*, 1900 Neubecker, *Vereine ohne Réchtsfähigkeit* (Leipzig, 1908), Ier t.,; p. 112 et suiv. ; Meurer, *Der Begriffund Eigenthüner der Heiligen Sachen* ; Zœning, *Geschichte des Deutschen kirchenrechts.*

venir (*Universitates personarum*). A ce sujet appartiendront les droits qui forment le patrimoine consacré à des intérêts généraux. Le patrimoine *corporatif* s'oppose au patrimoine *collectif* de la période précédente.

Le patrimoine de *fondation* de l'époque chrétienne se distingue du patrimoine *corporatif*. L'idée d'affectation (1) domine celle d'association. La notion de but, celle de collectivité. Le patrimoine de l'Eglise est le patrimoine des pauvres ou non le patrimoine de la communauté des fidèles. Les destinataires indéterminés et éventuels des biens ecclésiastiques n'en sont pas propriétaires. Ces biens appartiennent à l'Eglise, institution religieuse, établissement semblable à l'Etat. La notion d'établissement, ainsi dégagée, va, se séparant toujours davantage de celle de communauté, s'appliquer à des œuvres de toutes sortes, hôpitaux, orphelinats... Les droits qui forment par leur réunion autant de patrimoines différents destinés à ces œuvres seront rattachés au point de vue subjectif à autant de personnes morales, qui trouveront leur fondement, non plus dans l'intérêt unifié d'une pluralité de personnalités individuelles, mais dans une idée d'affectation à un but humain, c'est-à dire aux intérêts d'un groupe de personnes physiques indéterminées.

Si l'on veut synthétiser les résultats de ce très rapide

(1) L'idée d'affectation est anciennement personnifiée. Le temple est la propriété du Dieu. Les Dieux sont considérés comme des personnes (Cf. Savigny, *Droit Romain*, II, p. 246). On discute la question de savoir si le Dieu du fleuve est propriétaire du lit de ce cours d'eau. Les Dieux sont, de même regardés comme titulaires des patrimoines cultuels... Il y a là un phénomène qui se retrouve dans toutes les civilisations. Cf. là-dessus Meslèny, *op. cit.*, p. 21, et les références qu'il donne pour l'Islande, l'Inde, Israël, la Grèce, etc.

résumé des données que nous fournissent les historiens, il est permis d'affirmer que l'idée d'un patrimoine indivisible, inaliénable et en dépendance absolue et *nécessaire* (1) avec une personnalité, n'a pas été connue des Romains. Avant que s'élabore l'idée de personnalité morale abstraite, puis concurremment avec les patrimoines à elle rattachés, ont toujours existé des patrimoines collectifs, formés d'éléments empruntés à différents patrimoines individuels et réunis par leur commune destination. Les *pécules* opéraient, eux aussi, une division dans le patrimoine du *pater*. L'*emptio bonorum* était une aliénation d'un patrimoine entier et comme tel. Si enfin la transmission du patrimoine à cause de mort a été liée à l'idée de continuation de la personne, cela tient à ce que l'évolution de la notion d'obligation n'était pas achevée, cela doit, sans doute aussi, être attribué à des conceptions religieuses très anciennes et à la nécessité de continuer le culte des *sacra*.

Le droit Romain n'a pas connu la notion du patrimoine attribut nécessaire et inséparable de la personnalité, ce concept n'a-t-il pas du moins été élaboré par notre ancien Droit ?

(1) Nous disons dépendance NÉCESSAIRE, car il ne vient point à notre pensée d'affirmer que les Romains n'aient jamais établi *aucune dépendance* entre le patrimoine et la personne. Nos développements ont montré le contraire. Les juristes de Rome appliquaient là, comme dans beaucoup d'autres hypothèses, la méthode qui leur était chère. Ils maintenaient l'idée claire et utile : patrimoine rattaché à une personne, partout où cela était possible. Ils savaient, d'autre part, l'abandonner chaque fois qu'elle aurait produit quelque conséquence regrettable, entravé quelque progrès.

II

ANCIEN DROIT

§ I. — Patrimoine familial, patrimoine individuel.

Le très ancien droit français reproduit dans son évolution les diverses phases qu'a parcouru le droit romain primitif. Des masses de biens divers que groupe leur destination aux besoins du village, de la famille, de l'individu sont parfois réunies entre les mains du même homme : chef et père. Celui-ci aura sur ces différents ensembles des droits de disposition distincts, plus ou moins étendus suivant les cas. A sa mort, ils ne subiront pas tous un sort identique. On peut dire qu'il y a un patrimoine du village, un patrimoine de la famille, un patrimoine individuel. A la période suivante et jusqu'à la Révolution, il faudra distinguer parmi les biens dont une même personne jouit et dispose, selon qu'ils appartiennent à telle ou telle catégorie, qu'ils rentrent dans tel ou tel petit patrimoine. Dans sa forme la plus ancienne la division entre le patrimoine individuel et le patrimoine collectif de la tribu avait coïncidé avec la division des biens suivant leur nature en biens mobiliers et en biens immobiliers. Les immeubles, les champs, les *alleus*, à l'époque franque, les *héritages*, dans le très

ancien droit coutumier (1), étaient affectés à la collectivité. Ils n'étaient pas facilement transmissibles. Pour toute aliénation il fallait le consentement de la famille Les ustensiles mobiliers, objets d'ornements ou d'industrie étaient au contraire attachés à la personne qui les avait façonnés et dont ils étaient en quelque sorte le prolongement. Ce sont les *cateux*, les *meubles*. Ils peuvent se transmettre librement.

Il n'y avait alors que des biens corporels. La notion d'obligation n'apparut que plus tard. Patrimoine familial et patrimoine individuel ne comprenaient point de valeurs incorporelles. Nous arrivons à la naissance de cette notion.

§ 2. — L'obligation.— Lien personnel. – Valeur patrimoniale. Evolution vers une patrimonialisation toujours plus complète.

L'obligation dans le très ancien droit français comme dans le très ancien droit romain, c'est l'obligation *ex delicto*. A mesure que la peine devint personnelle, l'obligation prit et accentua ce même caractère. Elle fut une sorte de propriété sur la personne du débiteur. L'exécution portait sur le corps de celui-ci, elle était fort dure (2) (esclavage pour dettes). Les biens on tout au moins les immeubles du débiteur y échappaient : c'est qu'ils appartenaient beaucoup plutôt à la famille ou à la collectivité qu'à l'individu (3). Ajoutons qu'une telle obligation, pur

(1) Cf. E. Champeaux, article *Propriété, ancien droit*, dans la *Grande Encyclopédie*.

(2) Cf. Bri-saud, *Cours d'Histoire générale du Droit français*, p. 1466.

(3) Cf. Brissaud, p. 1359 ; p. 1462 et citations. V. aussi Champeaux, *loc. cit.*

lien personnel, est fragile. Elle meurt avec le débiteur. On fortifie le droit du créancier par le cautionnement et par le gage. Si la personne du débiteur répondait de ses dettes, les meubles qui dans la conception d'alors font corps avec lui et sont attachés à ses os, vont bientôt en répondre aussi. Le débiteur remettait ses meubles au créancier ; celui-ci les saisissait faute de payement. Dans la loi Salique on voit que le débiteur insolvable donne au créancier sa *facultas, c'est-à dire ses meubles* (1). Le créancier ne saisit que lesmeubles.

L'admission de la saisie immobilière fut lente et difficile. Elle coïncida avec l'affaiblissement des droits du village et de la famille sur les immeubles. Le patrimoine individuel s'élargit aux dépens du patrimoine familial. L'*héritage* est, presque partout, transféré sans formalités. Pour éviter l'exécution sur sa personne. le débiteur, dès qu'un droit aliénable lui fut reconnu sur les immeubles, en donna aux créanciers la jouissance, la propriété ; ces sortes de conventions furent imposées par les créanciers, devinrent obligatoires : les immeubles furent saisissables (2). Désormais ces mêmes immeubles font partie du patrimoine individuel. Le patrimoine sur l'*héritage* est considéré comme un bien appartenant librement à l'individu. Il est assimilé au bien personnel. L'obligation active et passive d'autre part devient patrimoniale. Elle entre

(1) *Lex Salica*, 50, 58, d'après Brissaud, p. 1485, note 6.

(2) La convention qui servait à écarter le vieux principe de l'insaisissabilité des immeubles était l'*obligation générale* ; on s'engageait « *personaliter* » et « *realiter* » : « *obligantes nos et omnia bona nostra, mobilia et immobilia, ubicumque posita.* » Cette *obligatio generalis* aboutit à donner au créancier un droit analogue à celui que lui confère notre art. 2093. Cf. G. Courtois, *Les origines de l'hypothèque en Bourgogne*, thèse Dijon, 1907.

dans le patrimoine à titre de valeur réalisable positive ou négative. Car ce n'est plus un droit à la vengeance, mais un droit à une prestation, toujours susceptible de se traduire en un droit au versement d'une somme d'argent. Dès lors, la notion du patrimoine, ensemble de biens et de dettes est retrouvée. Cette évolution peut être regardée comme accomplie dès le quatorzième siècle en France (1). L'obligation qui réunit à partir de ce moment les deux caractères personnel et patrimonial ne peut plus disparaître à la mort du débiteur.

Pour assurer la transmission des droits personnels on avait eu, d'abord, recours au cautionnement. Les héritiers du débiteur promettaient avec lui et devenaient ainsi eux-mêmes débiteurs de son vivant et sans que sa mort y put rien changer. Plus tard on s'obligeait pour « soi et ses hoirs ». Ces clauses préparèrent la transmissibilité des dettes aux héritiers. En dehors même de ces conventions, le principe qui interdit tout enrichissement sans cause permit de les poursuivre.

§ 3. — Succession à la personne et succession aux biens.

Les dettes devenues héréditaires, à l'époque où elles ne donnaient de droits que sur les meubles du débiteur, tombèrent d'abord à la charge de l'héritier des meubles jusqu'à concurrence de la valeur de ceux-ci (2). C'est

(1) Opinion de Brissaud, pp 1484 et 1495 (avec références et citations), note 5 ; M. Viollet place l'aboutissement de cette évolution au XIIIe siècle ; Cf. Esmein, *Etude sur les contrats*, p. 166.

(2) Lebrun rappelle l' « ancien usage que le paiement des dettes était attaché à la succession des meubles ». Lebrun, *Success.*, *Dettes*, chap. II, sect. I.

ansi que le *baillistre*, à qui tous les meubles du défunt étaient acquis en pleine propriété, était obligé aux dettes du *de cujus*.

Plus tard les immeubles répondant des dettes du vivant du débiteur, en conservent la charge après sa mort. Le passif successoral suit le sort de l'actif dont il est inséparable. L'héritier est tenu des dettes *propter rem*, c'est-à-dire *intra vires* seulement. C'est le triomphe du droit germanique contre le droit romain : l'héritier recueille la succession comme masse distincte ; il doit payer les créanciers héréditaires *cum viribus*. Il s'empare des biens dont il était peut-être à l'origine co-propriétaire, mais il ne s'en peut emparer que déduction faite des dettes qui les grèvent.

On n'éprouve point le besoin de recourir à la notion de continuation de la personne pour obtenir cette transmission des obligations. L'on évite ainsi l'obligation *ultra vires* pour l'héritier que cette idée entraîne avec elle. Le succès des conceptions germaniques ne devait pas durer. Les solutions romaines prévalurent même dans les pays de coutume. Bientôt l'héritier fut considéré comme débiteur *ultra vires*, même sur ses propres biens ; comme continuant la personne du défunt et sujet, à la contrainte par corps en cas d'insolvabilité. Il y eut peut-être là le développement d'un germe contenu dans les lois barbares. Celles-ci admettaient l'obligation pour les *enfants* du *de cujus* ; ce qui se peut comprendre à raison du lien du sang, de la solidarité morale : c'est, si l'on veut, une continuation physique et non plus seulement une continuation juridique toute fictive. Plus vraisemblablement l'on peut voir dans cette évolution l'influence d'idées religieuses. Il était du devoir de l'héritier d'assurer le repos

de l'âme du défunt en réparant l'injustice qu'il avait pu faire en laissant sans payement ceux dont il avait reçu des prestations. L'existence des legs pour payement des dettes, des exécuteurs testamentaires spécialement chargés de les solder, permettent d'admettre cette hypothèse (1).

De la combinaison de ces diverses idées, naquit un double système concomitant de succession : succession à la personne et succession aux biens. Une confusion (2) entre la saisine et la continuation de la personne entraînant obligation *ultra vires*, contribua à la répartition des diverses successions dans l'une ou l'autre de ces deux catégories coexistantes. Nous ne pouvons insister sur ce point. Il suffira de décrire les solutions auxquelles on était arrivé à la fin de notre ancien droit.

Les héritiers *ab intestat* seuls sont des représentants de la personne et comme tels tenus *ultra vires* des dettes héréditaires (3). Ils ne sont du reste tenus des legs que dans la mesure des forces de la succession (4). Les successeurs irréguliers, les donataires et les légataires universels succèdent au *patrimoine*, ce sont des successeurs aux biens. Ils sont tenus des dettes *intra vires* par appli-

(1) Il est à remarquer cependant qu'en droit canon, le fils n'est tenu que *juxta facultates* des dettes de son père afin de sauver son âme ; cf. Brissaud, p. 1559.

(2) Voir Percerou, La liquidation du passif héréditaire en droit français, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905.

(3) V. Pothier, *Successions*, V. III, § I et II. (Ed. Bugnet, VIII, p. 209 et suiv.) : « Il n'est pas tenu des dettes comme d'une charge des biens auxquels il succède, mais il en est tenu comme successeur non pas seulement des biens, mais de la personne même du défunt. »

(4) Cf. Brissaud, p. 1576, note 2 : références.

cation de la règle *non sunt bona nisi deducto ære alieno*. C'est-à-dire qu'ils succèdent à un ensemble de biens et de dettes inséparables, à liquider comme tel, à une masse active grevée d'un passifqui tire d'elle toute sa valeur (1). On leur refuse le titre d'héritier réservé aux seuls héritiers du sang, aux continuateurs de la personne : *Deus solus heres facere potest*, Dans la généralité des coutumes, le droit de poursuite se divise immédiatement, chacun ne peut être *poursuivi* que pour sa part virile, mais pour cette part il peut l'être indéfiniment. Certaines coutumes admettent cependant que chaque

(1) Dans certaines coutumes les meubles et les immeubles forment encoredeux patrimoines distincts ayant chacun leurs dettes propres ; les dettes mobilières ne grèvent que les meubles. Cf. art. 237. *Coutume de Tours* ; 267, *Coutume de Melun* ; etc... Mais « d'autres ne distinguent point les dettes mobiliaires des dettes immobiliaires... Telle est la *Coutume de Paris* (art. 332, 334, 267 et 286) et l'on peut dire que c'est le droit commun du royaume ». Lebrun, *Successions*. Liv. IV, ch. II, S. 3.

Sur l'interprétation que nous donnons de la théorie qui oblige les successeurs au patrimoine au payement des dettes *intra vires succession ;* Cf. ce passage de Pothier : « ... *onus æris alieni non singularum rerum sed universi patrimonii onus est*. Suivant le même principe que les BIENS *renferment la charge des dettes* tous ceux qui succèdent à quelque titre que ce soit aux biens d'une personne comme à des biens vacants, tels que le roi ou les seigneurs qui succèdent aux biens du défunt par droit de confiscation, bâtardise, déshérence, aubaine sont tenus de la succession de ce défunt et de toutes les autres charges de ses biens. Il en est de même d'un abbé au monastère qui succède au pécule de son religieux. Pour que les légataires et donataires universels, les successeurs à titre de déshérence et autres qui succèdent AUX BIENS plutôt qu'à la personne, etc... » Pothier. Edition Bugnet, 8, p. 206 (*Succ.*, ch. v, § 3).

héritier doit être tenu pour le tout (1). Dans d'autres, les cohéritiers n'étaient tenus que *per modum emolumenti*. Bien entendu, les héritiers continuateurs avaient un recours contre les successeurs au patrimoine (2). Chaque successeur universel *contribuait ultra vires* aux dettes, mais seulement pour une portion du passif proportionnelle à la portion d'actif qu'il recueillait.

Le bénéfice d'inventaire, accordé par lettres royaux en pays de coutumes, permet à l'héritier de se soustraire à l'obligation *ultra vires* La gestion et la liquidation des biens héréditaires, le payement des dettes incombent à l'héritier bénéficiaire placé à la tête du patrimoine en déconfiture. Il lui est loisible de le céder, d'en faire abandon aux créanciers et législateurs (3). La séparation des patrimoines fut aussi empruntée à la législation romaine.

§ 4. — Aliénation du patrimoine entre vifs.

Le patrimoine n'est pas seulement transmissible à cause de mort, il peut être aliéné du vivant de son titulaire. Passons rapidement sur l'*affatomie*, qui disparut de bonne heure. Notre très ancien droit a connu les pactes successoraux, rappels successoraux, institutions contractuelles, ou don irrévocable de succession, qui portaient

(1) Amiens, art. 159 « Solidité » contre chacun des héritiers: cf., Lebrun ; Pothier trouve ces coutumes déraisonnables, *Succ.*, ch. v, art. 3, § 2.

(2) Art. 32 et 19 de la *Coutume de Bourges*; cf. Lebrun : *Successions, Dettes*, Liv. IV, ch. II, sect. I.

(3) Brissaud, p. 1566.

sur un patrimoine futur : l'hérédité. Aussi l'institué contractuel semble-t-il avoir eu dès l'origine la charge des dettes. On eut toutefois le tort de la lui imposer *ultra vires*, à l'instar de ce qui se faisait, du reste, pour l'héritier *ab intestat*.

La démission de biens à l'origine était une aliénation du patrimoine tout entier. Elle se réalisait par une transmission de ce patrimoine et emportait dessaisissement actuel et irrévocable comme la donation portant sur un objet isolé. Dans la majorité des coutumes, cette donation universelle et entre vifs du patrimoine entier aux descendants persista. Elle devint toutefois révocable. Remarquons que, si dans l'ancien usage cette démission de biens se traduisait par une sorte de mort civile ; si, à cette époque, en donnant son patrimoiue, le père perdait la capacité d'acquérir de nouveaux biens, de contracter de nouvelles dettes, dans le droit plus récent il garde sa capacité (1). Il pourra dans l'avenir avoir d'autres biens, être lié par d'autres dettes. Les descendants entre lesquels le démissionnant a partagé son patrimoine présent sont tenus des dettes présentes *intra vires*. Le patrimoine renferme les dettes, elles sont transmises avec lui. Elles sont une charge de l'actif, mais de l'actif seulement.

Une donation universelle à l'un des héritiers est possible. Elle pourra ne pas être une démission et sera alors irrévocable (2). « Il faut observer... qu'. . il n'y a que les donations qui dégénèrent en donations à cause de mort, comme celles de biens présents et à venir, lesquelles assujettissent les donataires à cette action personnelle [l'obligation *ultra vires*, admise dans l'institution con-

(1) Cf. Brissaud, *op. cit.*, p. 1616.

(2) Lebrun, *Successions*, Liv. I, ch. 1, sect. 5, § 20.

tractuelle] et que les donataires de biens présents ne sont sujets au payement des dettes que pour l'effet de cette règle qui veut que les dettes diminuent de plein droit l'universalité des biens » (1). — « Le donataire universel des biens présents est tenu des dettes qui étaient déjà contractées lors de la donation et non de celles que le donateur aurait contractées depuis ; car *les biens présents* ne renferment que la charge des dettes présentes » (2). Ces citations de Lebrun et de Pothier montrent que jusqu'à la fin de notre ancien droit l'aliénation du patrimoine entier emportant avec elle la charge des dettes qu'il contient et dont l'actif est la contre-partie, apparaît comme une chose possible, était en fait pratiquée (3).

§ 5. — Conception du patrimoine individuel à la fin de notre ancien droit. — Divisibilité.

Dans l'ancien droit, le patrimoine est l'objet d'une grande division. D'un côté, les meubles, de l'autre, les immeubles. Sur les immeubles « l'individu a un droit de disposition plus effectif que sur la terre : aliments, armes, vêtements, font pour ainsi dire corps avec lui :

(1) Lebrun, *Succession*, Liv. IV, ch. 1, s. 1, § 4.

(2) Pothier (Edition Bugnet, VIII, p. 206). *Successions*, ch. v, § 3.

(3) La *cession des biens* est également un abandon du patrimoine. D'humiliantes formalités l'accompagnent. Elle est infamante. C'est beaucoup moins parce qu'en perdant son patrimoine l'individu se serait dépouillé d'une partie de sa personnalité, que parce qu'il avait livré les *biens familiaux* qu'il devait conserver pour les générations futures.

« *mobilia ossibus inhærent* (1). » L'aliénation des immeubles est soumises à des restrictions de tout genre, les meubles peuvent au contraire être librement aliénés. L'individu accède bientôt, nous l'avons vu, à la propriété des immeubles. Dans les pays de coutume le patrimoine immobilier se divise en deux masses : les propres ou *biens patrimoniaux* (dans le sens étymologique) biens de la famille ; les acquêts, biens personnels de l'individu (2). Les propres sont les biens qui viennent des parents par voie de succession ab *intestat*. De ce patrimoine, l'individu était moins à l'origine le propriétaire exclusif que le gérant. Cet ensemble de biens fait à l'époque postérieure partie de son patrimoine. Au sein de celui-ci il conserve cependant son indivipualité propre. Il reste soumis à des règles spéciales, a un droit de succession particulier. Ainsi, bien que devenue subsidiaire, se trouve protégée son affectation aux besoins familiaux (3). Les autres biens dus à l'industrie, au travail de l'individu, forment une masse sur laquelle il a des droits plus étendus. Est-il besoin de rappeler que l'aliénation du propre n'était valable anciennement qu'avec le consentement de la famille ? Lorsque apparut le testament, la coutume fixa au cinquième la part que le testateur pourrait soustraire au patrimoine familial. C'est au moment de la mort d'un individu que se montre le plus nettement la division de son patrimoine en deux parts que distingue la diversité

(1) Brissaud, *Cours d'histoire du droit français public et privé*, p. 1180.

(2) *A lodis parentum*, par opposition à *comparatum, conquisitum* ; cf. Marculfe, 2, 7 et suiv. Brissaud, cité, p. 1185.

(3) Sur l'évolution du patrimoine de la famille dans les pays germaniques, voir Verdelot, *Du bien de famille en Allemagne*, thèse, Paris, 1899.

de leurs buts spéciaux. Les meubles et acquêts étaient dévolus aux parents les plus proches par interprétation de la volonté du défunt (1). La famille reprenait les propres sans qu'il y ait à tenir compte de l'ordre probable des affections du *de cujus*. Ce que nous nommerons le patrimoine familial, les propres, devait se diviser encore. Le défunt avait deux familles : sa famille paternelle et sa famille maternelle. Le patrimoine des propres est en réalité double. Dans la succession cette division apparaît (2) : les propres paternels iront à la famille paternelle; le patrimoine de la famille maternelle sera dévolu aux représentants de cette autre famille. C'est la règle : *paterna paternis, materna maternis*.

Nous ne pouvons mieux résumer cette conception de la pluralité des patrimoines qui était celle de notre ancien droit que par cette citation de Lebrun (3) : « Sa disposition (celle du droit romain) était plus simple, il ne connaissait qu'un seul et unique patrimoine (4) — *quod videlicet unius duo patrimonia esse viderentur*, — dit la loi *Jurisperita, cum oriundus* I, FF, *de excusat test.*, au lieu que nous distinguons entre les meubles et acquêts et les biens propres et qu'entre ceux-ci nous ferons encore des subdivisions... » Et il ne s'agit pas par là de simples

(1) Cf. Brissaud, cité p. 1188.

(2) « ... Ce concours du sang qui réunissait les biens des diverses lignes en la personne du défunt étant fini par son décès, ces biens se divisent derechef et font des *patrimoines différents* passant à des personnes qui ne se touchent d'aucune parentelle ». Lebrun, *Succ.*, II, ch. IV, § 28.

(3) Lebrun, *Traité des Successions*, Liv. II, ch. I, s. 1.

(4) Nous avons vu que ce n'est pas tout à fait exact, cf. Dig. Liv. X, t. 2, fr. 25, § 1 (à propos du pécule castrense).

qualificatifs donnés à certains biens à raison de leur nature ou de leur provenance. L'ensemble des propres forme un tout distinct de l'ensemble des meubles et acquêts. Le patrimoine est pour nos anciens auteurs une universalité susceptible d'être divisées en plusieurs autres petites universalités ; Pothier nous le dit : « on divise *les biens* (1) en biens meubles et immeubles, en acquêts et en propres, en propres de telle ou telle ligne, mais jamais on ne s'est avisé de penser que *les biens* se divisent en près, en bois, en vignes, en maisons etc. » (2). Et ailleurs : « On comprend sous le nom de donataire universel non seulement les donataires de l'universalité générale mais aussi les donataires de l'universalité particulière d'une certaine espèce de biens... mais il faut pour cela que ces donations soient faites *per modum universitatis*. C'est pourquoi lorsqu'une personne n'a pour tous acquêts que deux corps d'héritage et qu'elle donne à quelqu'un, pour que la donation soit réputée universelle il faut que la donation porte qu'elle donne ses acquêts qui consistent en telle ou telle chose. Que, si au contraire, elle donne tel ou tel héritage, la donation ne sera pas universelle quoiqu'elle n'eut pas d'autres acquêts que la chose donnée, parce qu'elle ne l'a pas donnée *per modum universalitatis*, *sed tanquam res singulares*.

« Lorsque nous disons que les donnataires d'une universalité particulière des biens sont donataires universels, *nous entendons parler des universalités qui forment une espèce de patrimoine*, et qui sont attribuées dans les successions à une espèce d'héritiers, tels que sont les

(1) Bona, *le patrimoine*.

(2) Pothier, *Successions*, ch. v, § 3, p. 207, de l'édition Bugnet, t. VIII.

meubles, les acquêts, les propres ; mais celui qui serait donataire de toutes les maisons du donateur, ou de toutes ses vignes, ou de tous ses biens de campagne, etc... ne serait pas donataire universel ; car ces choses sont des espèces de chose et non pas des *espèces de biens*. On divise les *biens* en meubles, en acquêts et en propres mais jamais on ne s'est avisé de les diviser en maisons, vignes, prés... etc. Ces donations ne sont que des donations de choses particulières, *qui ne contiennent pas la charge des dettes.*

« Le donataire d'une *certaine espèce de biens est tenu de la portion des dettes dont est chargée la portion des biens dont il est donataire.*

« Pour régler cette portion il faut savoir que la charge des dettes dont l'universalité de tous les biens est chargée se répartit entre les universalités particulières dont cette universalité générale est composée dans la même raison de valeur que ces universalités particulières sont entre elles. Ainsi si les immeubles d'une personne sont le double en valeur de ses meubles, les immeubles doivent être chargés du double de ses dettes ; par conséquent le donataire des meubles sera tenu seulement du tiers des dettes (1). »

Le patrimoine familial n'a pas en effet de passif qui lui soit propre. C'est un débris de la propriété collective, forme de propriété antérieure à la naissance de l'obligation. A l'époque où le patrimoine des propres se trouve inclus dans le patrimoine individuel à l'intérieur

(1) Pothier, *Tr. des donations,* III, art. 1, § 2; — cf. également, *Donations testamentaires*, ch. II, s. 2, § 2 ; *Successions,* ch. V, 2, 1 ; et V, 3, 3.

duquel il forme un tout distinct, il doit naturellement supporter une part des dettes de celui-ci, proportionnelle à la valeur active qu'il représente en lui (1)-(2).

§ 6. — Patrimoines spécialisés. Substitutions.

Le patrimoine, ou plutôt cette portion du patrimoine que nous avons appelée le patrimoine familial peut être

(1) Cf. ce passage de Lebrun, Liv. IV, ch. I, s. 3, *Successions, Dettes...* « Quoique le partage ordinaire des dettes passives se passe entre les héritiers par portions viriles, néanmoins la seule différence des qualités et des biens, c'est-à-dire la *division des patrimoines* nous donne lieu de partager les dettes passives à proportion de l'émolument. La raison qui nous oblige d'en user ainsi est, qu'ayant une fois admis pour le soutien et la conservation des familles la distinction des propres d'avec les acquêts et ayant attaché les propres à leur ligne il était difficile d'accorder que celui qui a des propres soit cohéritier de celui qui succède aux acquêts : Or les dettes passives ne se peuvent partager selon les portions afférentes qu'entre ceux qui sont cohéritiers et nous avons emprunté cette pensée au droit romain Loi *Heredes*, XXV, § 1, Dig. *fam. ercis.* qui dit « *si miles alium castrensium alium cœtorum bonorum fecit non est locus familiæ erciscundæ judicium, divisum est enim per constitutiones inter eos patrimonium* ». L'on peut même aller plus loin, car on peut dire que nos *différences de patrimoines* une fois supposées le partage des dettes se fait chez nous par portions héréditaires *entre les héritiers de chaque patrimoine*. Ainsi les cohéritiers des meubles et acquêts payent bien les dettes à proportion de l'émolument par rapport aux héritiers des propres mais ils les payent entre eux par portions héréditaires. »

Rapprochez ce passage de Loysel : « Les Français comme gens de guerre, ont reçu divers patrimoines et plusieurs sortes d'héritiers d'une même personne ». *Institutes coutumières*, 328.

(2) On essaya, cependant, dans certaines régions d'attribuer à cha-

inaliénable et incessible, non seulement dans son ensemble mais encore en chacun de ses éléments. A mesure que diminuaient dans les mœurs, les droits de la famille sur les biens transmis de génération en génération, on chercha à les restaurer et à restreindre les pouvoirs arbitraires de son chef actuel, par l'effet d'une déclaration spéciale de volonté : testament ou contrat. La substitution séparait complètement le patrimoine sur lequel elle portait du patrimoine propre du chef de famille. Chacun de ces deux patrimoines avaient son actif et son passif distincts. Les dettes personnelles du grevé de substitution entraient dans son patrimoine personnel et n'étaient point à la charge des biens substitués.

C'est également comme un patrimoine de réserve pour la femme et pour la famille qu'il faut regarder la dot (1), ensemble de biens échappant à toute aliénation de la part du mari, de la part de la femme comme de celle des époux conjointement (2), sinon dans certains cas exceptionnels, ; patrimoine que ne grèveront pas les obligations contractées par la femme pendant le mariage (3).

Il faut encore voir une masse de biens séparée par sa destination particulière, un patrimoine spécialisé dans le Douaire.

que patrimoine son passif propre. Certaines coutumes distinguèrent l'origine des dettes. Les dettes du côté paternel étaient acquittées par les héritiers de ce même côté, etc... Lebrun, *Succ.* Liv. IV, II, 3, § 15.

(1) Cf. Brissaud, p. 1689.

(2) *Contra*, *Coutumes* de Toulouse, art. 103 ; de Normandie (Bréviaire d'Alaric) ; L'aliénation par les époux collectivement est possible. Cf. Viollet, cité, p. 797.

(3) Il en fut ainsi du moins jusqu'à une déclaration d'avril 1664.

§ 7. — Communautés. Sociétés commerciales.

Sans prendre parti sur la question d'appartenance juridique de la communauté entre époux dans notre ancien droit (1), point sur lequel l'accord n'est pas encore pleinement réalisé entre les historiens, tout le monde doit admettre qu'en fait, les biens communs formaient un patrimoine distinct et indépendant des patrimoines propres de l'un et l'autre époux, composé d'un actif et d'un passif différents de l'actif et du passif que rappellent les patrimoines personnels des conjoints.

L'actif de la communauté comprenait, en général, les meubles présents et futurs des époux, les fruits des propres et les conquets ou immeubles acquis à titre onéreux durant le mariage. Son passif, les charges du mariage, les intérêts des dettes propres ou charges de l'usufruit des propres dont la communauté avait la jouissance, les dettes mobilières des époux antérieures au mariage, les dettes contractées pendant le mariage par la femme autorisée ou par le mari, les dettes des successions échues pendant le mariage. Au contraire, les obligations provenant des délits de la femme ou contractées par elle avec l'autorisation de justice ne diminuent point la masse commune, sinon dans certains cas limitativement déterminés par exemple pour tirer le mari de prison ; on a alors affaire à une dette de communauté. Des dettes de communauté la

(1) Chéron, Etude sur l'adage *uxor non est propria socia, sed speratur fore* ; Thèse, Paris 1901 ; Masse, *Caractère juridique de la communauté entre époux*, thèse, Paris, 1902, etc...

femme n'était point tenue sur ses propres et la communauté d'autre part ne pouvait être poursuivie pour les dettes restées personnelles à la femme.

Du côté du mari la séparation des deux patrimoines est moins visible. Le mari est chef de communauté, ses pouvoirs sont très étendus il en est « maître et seigneur » (1). A l'égard de ses créanciers on ne saurait distinguer s'il s'est engagé sur ses propres ou sur les biens communs. Les dettes par lui contractées pourront donc être, sans distinction, recouvrées sur les propres ou sur la communauté. Le patrimoine de communauté est soumis cependant dès le treizième siècle à des droits d'administration spéciaux, ce qui achève de le séparer nettement de la masse des autres biens. Sur lui, les pouvoirs du mari sont diminués, dans une proportion minime du reste. Dans le dernier état du droit, le chef de la communauté peut disposer des biens communs, même par donations entre vifs mais à condition qu'il n'y ait point fraude et il y a fraude s'il tire des dons de biens communs un avantage personnel. La théorie des récompenses l'empêche de s'enrichir aux dépens de la femme.

Le système des récompenses, en effet, repose sur une distinction stricte entre le patrimoine des deux conjoints et celui de la communauté. Elle montre, plus que tout le reste, jusqu'à quel point ces masses de biens doivent être regardées comme séparées, formées d'un actif et d'un passif distincts et ne doivent pas s'accroître aux dépens l'une de l'autre. Sans doute le très ancien droit n'a pas connu ce mécanisme compliqué « Le mari se devait relever trois fois la nuit pour ven-

(1) Cf. Beaumanoir, 57, 2. : li maris de droit commun est sire de ses biens et des biens à sa fame.

dre le bien de sa femme » disait-on. Le prix de la vente du propre tombait dans la communauté parce que mobilier, le mari en pouvait disposer et, au partage en prenait la moitié comme des autres biens communs. Il lui était loisible également d'employer les biens communs à l'amélioration de ses propres. A l'époque des coutumes la savante combinaison des récompenses est construite et empêche tous ces inconvénients. Chaque fois qu'une valeur est passée du patrimoine commun dans un des patrimoines propres, la communauté devient créancière de cette valeur. L'entrée de ce bien, provenant de la masse commune, dans un des patrimoines propres, est accompagnée de l'entrée concomitante d'une valeur passive correspondante : d'une dette envers la communauté. A l'inverse si l'un des patrimoines propres s'est enrichi aux dépens de la communauté c'est lui qui sera créancier et elle débitrice. En un mot entre le patrimoine commun et les patrimoines propres s'établissent des dettes et des créances comme il s'en établit entre les patrimoines de plusieurs personnes étrangères les unes aux autres.

Dans l'intérêt de la famille, le patrimoine constitué à l'occasion du mariage pouvait ne pas être partagé à la mort de l'un des époux. La communauté se continuait. La mère devenait chef. Le patrimoine de communauté comprenait alors outre les biens communs pendant le mariage, les acquisitions faites depuis par le conjoint survivant.

Cette communauté continuée paraît être une survivance de l'ancienne communauté de famille. Les *communautés* (1) étaient fréquentes au moyen âge entre frères,

(1) Cf. Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1910, 8e leçon,

puis entre héritiers même autres que des frères, et enfin entre toutes personnes faisant ménage ensemble *à pain et pot* et mélangeant certains biens, généralement leurs meubles. Elles subsistèrent pendant de longs siècles, surtout sous forme de *communautés taisibles* entre roturiers ou serfs (2). Les personnes qui cohabitaient, même si non parentes se trouvaient communes par le seul fait de cette cohabitation prolongée pendant l'an et jour (3).

Ici encore les biens communs formaient un patrimoine composé de meubles et acquêts et bien distinct des propres qui n'étaient pas sujets à confusion. Ce patrimoine est tout à fait séparé et indépendant des patrimoines individuels de chacun des membres de la communauté. Semblable autonomie vient tout naturellement de ce qu'aucun des communistes pris individuellement n'a sur les biens communs de droit personnel qui lui permettent de les aliéner ou de les obliger Non seulement les quotes parts matérielles ne sont pas déterminées mais de plus on ne conçoit aucune quote-part idéale appartenant privativement à chacun des communistes. Aussi les biens communs se trouvent-ils soumis à une adminis-

p. 167 et s.; Pour les sources: Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*; Guy Coquille, *Coutumes du Nivernais*; Lebrun, *Traité des communautés ou sociétés tacites* (à la suite du *Traité de la communauté*); cf. Ricol, *La copropriété en main commune*, Thèse, Toulouse, 1907, pp. 231 et s.

(2) Sur les Communautés serviles, V. Esmein, *Cours élémentaire*, p. 236. — On trouve des exemples de communautés taisibles entre *nobles* dans la *Coutume de Troyes* (art. 100); entre frères seulement, *Cout. du Bourbonnais*, art. 297; entre personnes du même lignage, *Cout. de Chartres*, t. X, art. 61; entre personnes non parentes, *Berri*, VIII, art. 10; *Poitou*, art. 231.

(3) Cf. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 750.

tration particulière, celle de l'ensemble des associés collectivement, « en main commune » (1) ou de leur mandataire désigné par la volonté de tous ou par l'usage (frère aîné dans les cas de communauté entre frères, *chef de chanteau* dans les autres hypothèses) Le nombre des communistes peut diminuer par l'effet de décès d'un associé sans enfants ; car les enfants, anciennement au moins, prennent la place du sociétaire décédé. Plus tard on exigeait, pour admettre la substitution des descendants du mort, le consentement des autres communistes. Les enfants pouvaient alors demander que les droits qu'aurait eus leur père dans un partage de la communauté leurs soient octroyés. L'abandon fait à ceux-ci d'une part divise, la communauté continuait entre les survivants. Dans une troisième période il y eut des formes de communauté en main commune dans lesquelles toute transmission héréditaire était exclue. Au décès d'un associé, ses parents étrangers à la communauté n'ont rien à réclamer (2). Il y a accroissement aux autres communistes par la diminution du nombre des quotes-parts éventuelles.

Le patrimoine commun renferme-t-il un passif qui lui soit spécial? Il semble qu'à l'origine il n'y ait pas eu séparation de patrimoines au point de vue passif. Les copropriétaires qui s'étaient engagés ensemble, devenaient débiteurs solidaires sur tous leurs biens. Le *chef de chanteau* obligeait tous les associés aux choses mobilières, sans distinction, lorsqu'il contractait pour le fait de la

(1) Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, ch. XXI, n° 623 : « ... S'ils le vendent ou font vendre en main commune. »

(2) Cf. Brissaud, cité p. 1455.

société. Il convient cependant de remarquer que les dettes contractées par chacun des associés n'entraient pas dans le patrimoine de communauté, car le communiste isolé n'avait pas qualité pour engager cette masse sur laquelle il n'avait aucun droit privatif actuel. Il grevait alors ses biens propres seulement. D'autre part, on arriva, par voie de dispositions statutaires revêtues d'une publicité, à admettre que les engagements sociaux se limiteraient au fonds commun. L'existence d'un patrimoine complètement indépendant est dès lors assurée (1).

Notre ancien droit créa de nouvelles formes de société très différentes des sociétés romaines. C'est à lui que nous devons nos sociétés commerciales. Ce qui distingue précisément ces sociétés des *societates* décrites par les jurisconsultes de Rome, c'est la constitution d'un patrimoine social. Les apports des associés forment une masse affectée au payement des créanciers de la société à l'exclusion des créanciers personnels des associés. Le droit romain — si on met les sociétés de publicains à part — concevait la société comme un contrat à effet purement interne sans effet à l'égard des tiers. Toute l'évolution de l'ancien droit tend au résultat contraire : créer avec les apports un groupe de biens spécial, un véritable patrimoine, distinct du patrimoine personnel des associés.

La *société en nom collectif* se rapproche beaucoup de

(1) Ces communautés se sont développées parallèlement en Allemagne et en Suisse où elles n'ont jamais disparu : cf. Giercke *Genossenschaftrecht*; Heusler, *Institutionen*, t. I.

l'indivision germanique ou copropriété sans quotes-parts actuellement fixées et disponibles. Les associés agissent tous ensemble, participent tous aux actes sociaux ; ou bien, pour plus de simplicité et à cause de la célérité qu'exige le commerce, l'un des associés agit comme gérant pour le compte de la société et au nom collectif de tous ses membres. Il a le droit de les engager et les associés sont alors tenus solidairement et indéfiniment des dettes sociales. L'usage établit l'obligation pour le gérant de signer en pareil cas de son nom et de celui de ses coassociés et de déposer cette signature au consulat du siège de la société : Titius et C^ie^. Dès lors il est possible de réserver le fonds social comme gage exclusif aux créanciers sociaux.

La *commandite*, dont nous n'avons pas à décrire ici les origines, apparaît à partir du XIV^e^ siècle sous la forme d'une société (1). Elle suppose un apport réciproque de capitaux de façon à former un patrimoine social. Toutefois, vis-à-vis des tiers, cette société n'existait pas, c'était une *société anonyme* (pour suivre notre ancienne, langue), une participation. A l'égard de ceux qui étaient étrangers au pacte social et qui contractaient avec la commandite, même dans l'intérêt social, il n'existait qu'un patrimoine, celui du commandité, dans lequel étaient entrés à titre de prêt les apports des commanditaires. Et cependant en cas de faillite de la commandite, les créanciers sociaux refusaient d'admettre ces bailleurs de fonds en concours avec eux comme de simples prêteurs. Ils

(1) Saleilles, *Histoire de la commandite. Annales de Droit commercial*, de 1895, p. 48. — Troplong, *Sociétés*, t. I, n° 381, p. 357, fait remonter le caractère de société jusqu'au XII^e^ siècle.

demandaient à être payés de préférence. Ils voulaient, dès lors qu'ils connaissaient les rapports entre commandités et commanditaires, poursuivre ces derniers, alléguant qu'ils avaient accepté d'avance les risques comme les profits, ou tout au moins que les commandités étaient leurs mandataires ou leurs préposés, et que l'action exercée contre ceux-ci devait réagir contre eux dans les limites de leur apport. Cette idée admise, il y a désormais un patrimoine social distinct et extériorisé. Cette masse de biens comprend un actif et un passif délimité ; d'un côté les apports des commanditaires et l'avoir propre du commandité ; de l'autre, les dettes sociales.

L'ordonnance de 1673 consolida l'existence de ce patrimoine nouveau en rendant obligatoire la publication de l'acte de société.

Le commandité ou « complimentaire » agit toujours en son propre nom. Au début du XVIII[e] siècle, il commence à contracter sous la raison sociale. La société en commandite est devenue le type des grandes sociétés commerciales. Elle fonctionne au grand jour et fait appel au crédit.

Une question se pose, à laquelle nous devons répondre dans ce très bref aperçu historique. Nous avons montré les manifestations successives de la notion de patrimoine d'une manière objective. Est-ce suffisant ici ? L'indépendance du patrimoine social de la société commerciale ne s'expliquerait-il pas par l'existence d'une personne morale autonome à laquelle il se rattacherait comme le patrimoine d'un homme se rattache à sa personnalité physique ? En un mot les sociétés commerciales n'étaient-elles pas dans notre ancien droit des personnes morales ?

Une chose certaine c'est qu'à cette époque « l'idée de personne civile ne se conçoit pas séparée de l'idée de corporation, ni l'idée de corporation séparée de l'idée de personnalité civile » (1). Nous retrouverons ce point. Contentons-nous de relever ce fait qu'il n'a jamais été cité un texte qui fasse des sociétés de commerce que nous venons d'étudier des personnes morales. La personnalité, dit M. Brissaud, « la personnalité dont il n'est question ni dans l'ordonnance de 1673 ni dans ses commentateurs apparaît dans les sociétés par actions à titre de privilège » (2). Ni Savary, ni Domat, ni Pothier ne regardent les sociétés commerciales comme des personnes morales (3).

Faut-il répéter ce qui a été déjà si souvent expliqué? Les passages des anciens commercialistes italiens parfois invoqués en faveur des sociétés personnes morales sont peu probants. Le seraient-ils, qu'ils pourraient démontrer que ces sociétés ont été regardées comme personnes civiles en Italie. Ils resteraient sans valeur pour la France. Straccha reproduit une décision de la rote de Gênes dans laquelle on trouve ces mots : *Societas est corpus mysticum, ex pluribus nominibus conflatum*, M. Goldschmidt (4), qui a recouru au texte original assure que cette expression *corpus mysticum*, ne vise que la raison sociale formée des noms des associés réunis en un seul,

(1) Saleilles, *op. c·t. Annales Dr. Com* , 1895, p. 74, n° 46.

(2) Brissaud, *op. cit.*, p. 1456, note 4.

(3) Emerigon (fin du VIII^e siècle), écrit bien à plusieurs reprises (*Traité des contrats à la Grosse*. ch. XII, sect. 6 ; *assurances*, I, n° 324 : « La société est *une espèce* de personne civile », mais il n'y a là qu'une comparaison.

(4) Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I, p. 289, n° 173.

et non une personnalité morale distincte des personnalités réunies des sociétaires. Comme le fait observer M. Ricol (1), c'est ce qui résulte de la suite du texte : « ... et significatur per subscriptionem *nominum* ita ut « quiquid scribitur, vel dicitur per epistolam a *dictis* « *nominibus* seu ab uno ex eis habente facultatem nomen « societatis expendendi subscriptam, dicitur scriptum ab « ipso *corpore*, seu societate, non ab *ipsis uti particula-* « *ribus* » (2). Les passages de Scaccia : « Aliud est corpus « societatis, et aliud est quilibet socius ipsius societa- « tis » (3) ou de Casaregis (4) : « Creditores societatum « mercatorum... *in rebus et bonis societatum*... prœfe- « runtur quibuscumque aliis creditoribus sociorum sin- « gulorum... » s'explique aussi bien par l'idée d'une copropriété du fonds social par tous les sociétaires, copropriété dans laquelle chaque associé pris individuellement n'a aucune part actuelle déterminée, aucun droit propre, pécuniairement estimable et faisant partie de son patrimoine personnel. Ils ne prouvent nettement qu'une chose : l'existence d'un patrimoine social distinct et affecté au payement des créanciers de la société à l'exclusion des créanciers personnels des associés.

Mais précisément l'ancien droit n'avait pas identifié l'idée de personnalité civile et celle de patrimoine indépendant. Puisqu'aucun texte positif et formel ne fait de la société en nom collectif ou de la commandite des personnes morales c'est à la copropriété commune que nous les

(1) Ricol, *loc. cit.*, p. 273.

(2) *Dec. Rot. Gen.*, déc. 7, nº 10.

(3) Scaccia, § 1, *Questiones*, I, nº 450.

(4) Frag. des *Statuts de Gênes*, IV, 12, 4, rapporté par Casaregis Disc, 144.

devons rattacher. La société en nom collectif est d'origine familiale. La commandite ne se forme et n'existe qu'*intuitu personæ*. Ces traits ne rappellent-ils pas les communautés que nous avons décrites plus haut? L'étude de la naissance et de l'évolution du concept de personne morale dans l'ancien droit confirmeront notre manière de voir.

§ 8. — Patrimoines des personnes morales.

Dans l'ancienne copropriété en main commune, les biens objets d'une série de droits de copropriété semblables sont nécessairement affectés à une destination spéciale. Je ne dis pas à un intérêt distinct de celui des copropriétaires. Ils forment un patrimoine. Les sujets de ces biens sont sans lien entre eux au point de vue de leurs droits patrimoniaux. Nous sommes en présence d'une pluralité de sujets créée par une situation de faits : mélange des biens provenant d'uue habitation commune (époux, frères, cohéritiers...).

Toutes aussi anciennes que les communautés taisibles sont dans notre droit indigène les associations — (celles pour lesquels les germanistes ont un vocable spécial : les Genossenschaften). Ces associations — entre barbares s'établissant sur un même lieu — entre gens de même métier ou *gildes* — furent elles aussi des indivisions sans quotes-parts (*communiones germani juris*). Toutefois elles étaient empreintes d'un certain élément d'unité au point de vue subjectif. Si chacun des droits patrimoniaux appartenait à plusieurs sujets, ces différents sujets étaient liés entre eux et formaient par certains côtés une unité collec-

tive. Il n'y a plus un état purement statique comme dans les communautés taisibles d'où primitivement chacun peut librement sortir. Il y a organisation dynamique pour réaliser un but Le régime de la Gesammte Hand — nous avons déjà fait allusion à cette évolution — n'est plus une simple indivision : état toujours instable : c'est une indivision organisée par la voie de l'association. De ce fait, le patrimoine ainsi volontairement créé acquiert une existence plus durable. D'autre part — ceci nous intéresse également — ce patrimoine ne constitue plus seulement « un faisceau de droits séparés (1) », rattachés à une unité agissante « dans laquelle se distinguent encore chacune des individualités propres qui donnent l'impulsion à l'ensemble ». Les droits qu'il renferme ont, à certains égards, un sujet unifié, sujet qui n'est ni abstrait ni fictif : l'association, unité collective bien réelle et qui cependant ne fait point complètement disparaître la pluralité des droits individuels auxquels elle se superpose. La notion de droits propres séparés ne disparaît point pour autant Le patrimoine relié à une entité collective organisée peut se rattacher cependant individuellement aux personnalités particulières dont se compose cette entité même (2). La collectivité est sujet des droits patrimoniaux dans la mesure où cela peut paraître nécessaire au but commun à atteindre, indispensable à l'action commune. Mais cette collectivité est composée d'indivi-

(1) Saleilles, *De la personnalité juri ique* (Histoire et théories, 1910), p. 194 ; des conclusions duquel nous nous inspirons.

(2) Cf. Saleilles, précité, partie historique, p. 205. Ces pages sont, nous dit l'auteur, inspirées des recherches scientifiques de Gierke *Deutsche Genossenschaftsrecht* (1868-73-81). Voir aussi Brissaud p. 1774, note 3.

dus qui ont conservé des droits propres, qui sont les véritables ayants droit du patrimoine social. Chaque associé qui fait un apport aura sur le patrimoine social un droit proportionnel à son apport. Il peut en quittant l'association exiger la restitution de son apport ; son départ n'entraîne pas le partage car il n'y a pas seulement indivision. Mais le sociétaire a un droit de reprise, il l'exerce. Lors de la dissolution de la société, d'autre part, le patrimoine social sera divisé entre les associés, auxquels il appartient désormais individuellement.

Tel nous apparaît le patrimoine de la Genossenschaft de l'association du droit germanique et barbare qui se développa jusqu'à la renaissance des études de droit romain.

Les premiers glossateurs retrouvèrent dans le *Digeste* la notion de l'*Universitas*. Aux biens formant le patrimoine de l'Universitas devait s'appliquer la règle romaine : « *Quod universitatis est*, NON EST *singulorum*. » (1) C'était une conception nouvelle. En face d'elle, les Romanistes hésitèrent (2). Les biens du patrimoine communal en particulier, n'appartenaient-ils pas aux particuliers indivisément beaucoup plutôt qu'à la communauté d'habitants, personne civile (3) ? Cependant l'idée d'Univer-

(1) Dig, 1. 8. 6, § 1.

(2) Cf. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 212 ; Saleilles, Histoire de la commandite, *Annales de Droit commercial* (1895), p. 66 et suiv (renvois à l'ouvrage de Gierke) et Saleilles cité (1910), p. 216.

(3) Sur la difficulté qu'eût l'idée de personnalité civile des communautés d'habitants à se dégager, cf. Brissaud cité, p. 1773. — Rapprocher le partage des biens communaux entre les habitants à la Révolution.

sitas avec son unité subjective finit par s'imposer (1). Dès lors, les noms de *persona repræsentata* et même de *persona ficta* apparaissent. Ils sont employés par les post-glossateurs (2). C'est cette nouvelle personne qui sera désormais le sujet unique des droits compris dans les patrimoines affectés à des intérêts généraux. Derrière cet être indépendant, les individualités disparaissent complètement. La collectivité germanique ou *Genossenchaft* s'efface. Il n'y a plus que la *corporation*, entité idéale débarrassée de tout élément individuel. Les patrimoines des corporations, corps, établissements ou communautés sont considérés comme appartenant à une personne juridique qui seule les possède. Les individus n'ont plus aucun droit sur le patrimoine ainsi constitué.

La personnalité morale apparaît donc liée avec l'idée de corporation. Ce qui caractérise la corporation, c'est l'existence d'une collectivité indépendante à tous points de vue et surtout au point de vue patrimonial — le seul qui nous occupe — des personnes réelles qui la composent, de ses éléments vivants qui varieront constamment, des individus qui entreront dans la communauté ou qui en sortiront librement sans qu'il soit fait à aucun

(1) Il est resté des traces des notions précédentes. Il y a dans certains lieux des biens communs aux descendants des anciens habitants mais qui n'appartiennent pas à la Commune, dont ne sauraient jouir les familles immigrées, cf. *Droit des membres de la véziau à la source salée de Salies-de-Béarn. — Distinction entre les bourgeois et les habitants en Suisse*, voir Brissaud, cité p. 1222, n. 2, et p. 457.

(2) Cf. Saleilles, p. 220 ; Gierke, III, p. 280.

moment acception de leurs personnalités propres (1). Il est donc bien certain — et c'est cette démonstration que nous avions annoncée plus haut — que les sociétés en nom collectif ou en commandite formées *intuitu personnæ*, et dans l'intérêt personnel de membres qui n'abandonnent nullement leurs droits sur le patrimoine social ne peut se ramener à cette même conception. La forme intermédiaire, la collectivité (Genossenchaft) éliminée, il ne reste que d'un côté la corporation (Körperschaft) formée dans un intérêt général, organisme indépendant, représentant à elle seule l'idée de personnalité morale, et de l'autre la *Gesellschaft*, la société, créée dans l'intérêt personnel de ses membres, organisme qui ne saurait les absorber puisqu'il est étroitement lié à leurs personnes et à leurs intérêts particuliers. Ici les biens patrimoniaux ont pour sujet une personne morale réelle mais purement juridique, là il sont l'objet de droits de copropriété de la part de personnes physiques.

C'est dans les patrimoines de corporation que l'on rangea les patrimoines ecclésiastiques (2). La corporation

(1) Remarquons en passant que dès qu'une corporation existe licitement, il lui est possible de former un patrimoine qui soit à elle. Notre ancien droit ne connaît pas d'associations légalement autorisées auxquelles les droits patrimoniaux soient ou refusés ou limités.

(2) Il semble que chez les canonistes, la notion d'établissement de fondation — par opposition à la notion d'association, de corporation — se soit maintenue : Les canonistes définissent les biens des patrimoines ecclésiastiques en tenant compte surtout de l'affectation qui leur est imposée. Il les regarde comme appartenant à un être moral organisé pour pourvoir à des fins d'ordre supérieur plutôt qu'aux prêtres, aux moines ou même aux fidèles. Ce sont les *vœux des fidèles*, le *patrimoine des pauvres*, Cf. Brissaud, p. 1772.

était alors formée ou des fidèles, ou de la congrégation religieuse, ou même des prêtres attachés à l'église (1). La notion d'établissement public ou de fondation, sujet de droit indépendant de l'existence d'une corporation, d'une collectivité, nait que plus tard. L'Etat qui s'était d'abord confondu avec la personne du roi s'en détache. Une autre transformation se prépare. Jusqu'à la Réforme (2), lorsqu'on fondait un hôpital, une œuvre, les biens destinés à l'accomplissement de ce but étaient regardés ; très anciennement, comme la propriété du saint (3) sous le patronage duquel l'établissement était créé ; plus récemment, comme appartenant à la corporation de moines ou de religieuses qui créaient et entretenaient l'hospice, l'œuvre de piété, de charité, ou d'utilité publique (4). Des établissements laïcs, sans attache avec une congrégation religieuse, ou, dans lesquels la communauté religieuse n'apparaissait qu'au second plan en quelque sorte, comme au service de l'établissement qui ne se confond plus avec elle, se formèrent. L'établissement (Anstalt, Stiftung, pour les auteurs allemands) paraît encore à nos anciens juristes se rattacher à une conception corporative. C'est la collectivité des pauvres,

(1) Cf. *Droit anglais,* Les menses épiscopales et uriales sont regardées comme appartenant à une corporation *sole ;* le roi constitue une corporation *sole* laïque ; la pluralité constitutive de la corporation s'échelonne dans le temps ; cf. Brissaud, cité p. 1771, noté 5, et références aux auteurs anglais,

(2) De Lapradelle, *Des fondations* (Paris, 1884, pp. 47-48), fait remonter l'idée de la fondation dans notre ancien droit au XIVe siècle

(3) Cf. Brissaud, p. 1783 et note 5 (*patrimonium Crucifixi*).

(4) Nos anciens auteurs ne qualifiaient guère les fondations de personnes morales. Cf. Brissaud, p. 1783.

des malades... qui en est alors le substratum En tous cas, l'établissement, diocèse, hospice, asile..., organisme créé pour réaliser un but, au service duquel sont mises certaines volontés, est une personne morale d'un caractère plus abstrait que celui des corps et communautés. C'est cette personne qui sera le sujet des droits qui composent le patrimoine affecté à l'œuvre.

Dans notre ancien droit le patrimoine n'est point l'attribut d'une personne. Les droits qui le composent appartiennent tantôt à un individu, tantôt à un groupe d'individus, tantôt à une personne morale. Parfois un patrimoine n'est qu'une fraction d'un patrimoine plus grand. Le patrimoine individuel est du reste divisible à l'infini. Chacune de ses subdivisions ne trouve son unité et son régime que dans l'analyse de la destination à laquelle elle répond. Ajoutons enfin que le patrimoine est aliénable entre vifs et qu'il est au moins dans certains cas transmissible à cause de mort abstraction faite de l'idée de continuation de la personne (successeurs irréguliers).

Le groupement que nous avons cherché à faire des solutions admises aujourd'hui sur ces divers points par les historiens constitue une véritable antithèse de la construction rigide de la notion de patrimoine telle que l'ont comprise les interprètes classiques du droit moderne, et particulièrement MM. Aubry et Rau. Il en prépare la critique du point de vue théorique et du point de vue pratique, critique qu'il est temps d'aborder.

CRITIQUE DE LA NOTION CLASSIQUE DU PATRIMOINE

PRÉLIMINAIRES

Un chimiste qui voudrait rechercher les différentes manifestations d'une substance, connue déjà, mais dont la science n'a point déterminé encore la nature et les caractères certains, afin, précisément, par l'étude des réactions auxquelles se prête cette substance et des composés dans lesquels elle entre, de trouver et cette nature et ces caractères, devrait, avant de commencer semblables travaux, savoir en gros et approximativement ce que elle est, en déterminer quelques caractéristiques bien évidentes (encore que la nécessité de leur présence constante ne soit regardée que comme une hypothèse toute provisoire) caractéristiques qui lui permettront de reconnaître la substance en question au cours de ses investigations.

C'est d'une méthode semblable qu'il faut nous inspirer ici. Avant d'entreprendre une discussion sur les qualités et sur la nature même du patrimoine il importe de déterminer au moins d'une façon approximative ce qu'on désigne sous ce terme, ce qui différencie,

à première vue ce phénomène juridique des formations plus ou moins semblables que l'on refuse d'ordinaire de confondre avec lui, de définir enfin, par un examen rapide des *données objectives* les plus simples, un concept et quelques caractères généraux tout provisoires qui nous serviront de guide dans la suite.

Dans son sens le plus large le mot patrimoine désigne tout *ensemble de biens* quelle que soit la nature de ceux-ci. On parlera du *patrimoine* intellectuel et moral d'une nation. D'autre part une société mutuelle de capitalisation et d'épargne promettra à chacun de ses sociétaires : un *patrimoine* pour lui-même, une dot pour une fille, un fonds d'établissement pour un fils, une retraite etc... Ces sens sont évidemment trop larges au point de vue juridique.

Suivons au contraire le langage plus précis des juristes (1).

Et examinons deux masses de bien assez différentes d'aspect au premier abord, dans lesquelles tous les jurisconsultes voient deux patrimoines : l'ensemble des biens appartenant à une personne physique, l'ensemble des biens appartenant à une commune ou à un établisse-

(1) Patrimoine signifie proprement et étymologiquement « biens de famille » (biens du père). Il semblerait donc que ce mot dût désigner seulement l'ensemble des biens de la famille, des biens que posséderont les enfants comme les ont possédé leurs aïeux, et vis-à-vis desquels le père ne doit être regardé que comme un gérant (*familia*... par opposition à *pecunia* ; propres... en face des acquêts). Telle est encore l'acception que l'on prête au mot patrimoine dans une langue non juridique. Ce n'est pas le sens que donnent les juristes à ce vocable. Ils sont tous d'accord pour repousser cette première signification du terme ; nous n'avons donc pas à nous y arrêter.

ment public, à ce que l'on nomme une personne morale.

Un premier point sur lequel tout le monde semble d'accord c'est que n'entrent dans semblables masses que les biens susceptibles d'une évaluation pécuniaire et non point en eux-mêmes des biens tels que le talent, l'honneur etc... Aux biens *moraux* s'opposent les biens *patrimoniaux*. Cette première donnée doit être examinée. Qu'est-ce qui différencie pratiquement les biens susceptibles d'évaluation pécuniaire des autres? Le fait qu'ils peuvent se détacher de la personne à laquelle ils appartiennent, si la chose devient nécessaire. Nous savons qu'en général les biens pécuniaires qu'une personne possède sont de deux catégories très distinctes. Ce sont des biens échangeables et par conséquent ayant une *valeur :* cette valeur sera tantôt positive et tantôt négative. Souvent la présence de tel *élément actif* dans l'ensemble des biens sera accompagnée d'une obligation de donner une autre valeur en échange ; c'est là une dette, un *élément passif* dans la masse de droits que nous nommons patrimoine. La seule observation des circonstances qui créent les créances et les dettes nous montre la dépendance étroite dans laquelle elles doivent se trouver avec les biens qu'elles représentent. Toute dette dans un patrimoine correspond à une créance dans une autre. Et cette créance tire sa valeur des biens du patrimoine sur lequel elle porte. Sans doute chaque créance peut être aliénée et chaque dette peut être transportée. Mais on ne comprendrait pas que les éléments actifs et les éléments passifs puissent tout d'un coup à un moment donné se disloquer, de telle sorte que les créances des tiers portent sur le vide.

Ensemble de biens indissolublement liés, tel nous apparaît le patrimoine. Poussons plus avant. Pourquoi

ces biens forment-ils ainsi un tout ? Pourquoi ces dettes portent-elles sur tels biens et non sur tels autres étrangers au patrimoine ? Il y a quelque chose qui unit les éléments d'un patrimoine et qui le différencie de tel ou tel autre facteur. Au premier abord, ce facteur d'unité nous paraît être la présence de l'homme, du titulaire du patrimoine que nous examinons. Pouvons-nous nous en tenir à cette notion ? Non, car elle est à la fois trop précise, trop particulière au cas examiné, et trop vague : elle ne nous dit pas comment l'être humain joue ici le rôle de créateur d'unité ? Est-ce par son emprise sur tous ces biens ? Est-ce autrement ?

Voyons ce que peut nous apprendre le second cas que nous nous sommes promis d'observer : Patrimoine d'une commune ou d'un établissement public. Ici ce n'est plus un homme seul que nous trouvons à la tête de la masse de biens que l'on nous dit distincte, du patrimoine de la commune. Il y a unité d'administration : tous les biens qui entrent dans ce groupe sont soumis à une même administration. Ce phénomène se réalisait déjà dans le cas précédent : tous les biens qui faisaient partie du patrimoine de la personne physique étaient soumis à son administration. Nous pouvons donc regarder à titre provisoire le patrimoine comme un ensemble de valeurs pécuniaires formant un tout soumis à une administration unifiée.

Devons-nous en rester là ? Non ! Car si nous examinons encore une situation courante, nous rencontrerons des groupes de biens différents soumis en fait à la même administration, et que cependant tout le monde considère comme formant des patrimoines distincts. Le tuteur administre les biens de son pupille

comme les siens propres ; le mari administre les biens de sa femme commune... L'idée d'administration unifiée est peut-être nécessaire, elle n'est pas suffisante. Il faut chercher autre chose. Si on examine objectivement le premier cas, le plus simple, on reconnaîtra que ce qui sépare les biens réunis dans les mêmes mains en deux groupes distincts c'est que les uns, ceux du premier groupe sont forcément destinés au pupille, à ses besoins présents et futurs, tandis que les autres, ceux du second groupe sont destinés à la satisfaction des nécessités, des désirs, de l'activité du tuteur.

La communauté d'affectation serait-elle le lien qui unit fortement au point de vue juridique différents droits réels ou personnels, positifs et négatifs pour en faire un tout pourvu d'une certaine cohérence et distinct, d'un autre tout semblable? Refaisons à l'inverse le chemin parcouru, pour nous rendre compte par une sorte de contre-épreuve de la justesse de cette idée. Nous voyons que si ce n'est pas le pouvoir de l'homme sur l'ensemble de tous les biens à sa disposition qui crée le patrimoine de la personne physique, rien n'empêche d'admettre que la commune affectation de certains biens à l'activité d'un individu, de même que la commune affectation d'autres biens aux intérêts communaux ou à l'œuvre que poursuit un établissement public en font autant de patrimoines différents.

Le patrimoine nous apparaît donc de prime abord, au début de cette étude, et tout provisoirement, comme un groupe de biens ayant une valeur pécuniaire et liés par une commune destination.

A ce caractère, nous le savons, la doctrine classique en ajoute un autre qu'elle regarde comme essentiel : une

étroite union entre la personnalité et le patrimoine qui en dépend et à laquelle il emprunte ses traits principaux et essentiels : inaliénabilité, indivisibilité et, jusqu'à un certain point, capacité.

Nous sommes à même maintenant d'examiner ces trois qualités afin de voir si véritablement elles sont nécessaires et par cette étude même de préciser la notion de patrimoine.

LIVRE I

CRITIQUE DE L'IDÉE D'INALIÉNABILITÉ DU PATRIMOINE CONSÉQUENCE DE LA NOTION DU PATRIMOINE ÉMANATION DE LA PERSONNALITÉ ADMISE PAR LA DOCTRINE CLASSIQUE

LIVRE I

CRITIQUE DE L'IDÉE D'INALIÉNABILITÉ DU PATRIMOINE

Le patrimoine dans la notion classiqu est une émanation de la personnalité : « il n'a pas d'existence propre et indépendante, il ne saurait se comprendre détaché de la personne à laquelle il appartient » (1). L'inaliénabilité du patrimoine, tel est le premier caractère que révèle l'analyse de la théorie abstraite du patrimoine construite par Zachariæ (2) et reprise sous un aspect toujours plus rigoureux par MM. Aubry et Rau.

C'est cette idée que nous allons d'abord examiner au point de vue critique dans un premier livre.

Une première partie sera consacrée à l'inaliénabilité entre vifs ;

Une seconde à l'idée de continuation de la personne, fiction par laquelle on croit assurer au décès de son titulaire cette chose que l'on dit impossible : la transmission du patrimoine.

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 242.

(2) Zachariæ, § 576, texte nº 3.

PREMIÈRE PARTIE

DE L'IDÉE D'INALIÉNABILITÉ DU PATRIMOINE ENTRE VIFS

Nous nous efforcerons de montrer que la théorie de l'inaliénabilité du patrimoine entre vifs, élevée trop vite et *a priori* par la doctrine classique à la hauteur d'un principe absolu, n'explique pas toutes les solutions de la loi et peut être parfois une gêne pour l'interprète. En passant nous noterons ce que l'examen des diverses situations juridiques aura pu nous apprendre sur le patrimoine, sur l'idée que l'on s'en peut faire, sur la définition qui en peut être donnée.

§ 1. — Passons rapidement sur le lien que l'on a voulu établir entre la prohibition des pactes sur succession future et la prétendue inaliénabilité du patrimoine. Dans l'intransmissibilité du patrimoine-personnalité, Zachariæ voit une justification de l'interdiction des contrats successoraux : « Le principe de l'inaliénabilité du patrimoine, incontestable au point de vue théorique, a été implicitement consacré par notre Code civil, enseignent MM. Aubry et Rau. Les dispositions de ce Code qui frappent d'inefficacité les actes entre vifs par lesquels une personne dispose de son hérédité future ont, indépen-

damment des considérations morales et d'économie politique qui les ont dictées, leur fondement juridique dans l'inaliénabilité du patrimoine (1). »

Donner semblable base aux dispositions des articles 791 et 1130 du Code civil nous paraît à la fois inexact, inutile et dangereux.

Inexact. Si la prohibition des pactes sur succession future reposait véritablement sur la nature du patrimoine, notion générale qu'imposeraient la raison et la nature des choses, concept théorique supérieur à la loi positive, cette inaliénabilité de l'hérédité non ouverte devrait s'imposer à toutes les législations qui postulent comme notre code cette prétendue conception abstraite du patrimoine. L'impossibilité de ces pactes se retrouverait partout, partout elle se déduirait de la notion juridique du patrimoine par une logique inéluctable. Or il n'en est point ainsi. Le code civil allemand admet la validité d'un grand nombre de contrats successoires (articles 1941 ; 2274 à 2302 ; 2346 à 2352) (2). L'Autriche-Hongrie, la Russie, la Suède, la Norvège, le Danemark, la législation Suisse de 1907 (3) repoussent seulement le *pactum de hereditate tertii viventis* ; elles l'admettent même parfois moyennant certaines formalités (4). Tous ces pays permettent les

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 242.

(2) Cf. Guyénot, *La succession contractuelle. Du contrat comme mode de transmission successorale*, thèse Dijon, 1906, p. 290 et s. ; Nast, *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, thèse Paris, 1905, p. 382 et s. ; Pascan, *Les pactes sur succession future* thèse Paris, 1907.

(3) *Code civil Suisse*, art. 494 et 495, art. 636.

(4) Ainsi, en Suisse, la forme authentique et la présence de deux témoins sont exigés (art. 512).

institutions d'héritiers par contrat. On sait, du reste, que le Code civil français lui-même consacre des exceptions nombreuses (1) à cette prohibition des pactes sur succession future qui, si l'on adapte l'idée d'inaliénabilité du patrimoine, devrait être absolue.

Ajouter ce fondement théorique aux motifs qui firent admettre en principe l'interdiction des contrats successoraux est faire œuvre *inutile*. Cette explication ne rend nullement compte des solutions consacrées par le Code français. Nous venons de le dire le droit positif admet de nombreuses dérogations à la prohibition des pactes d'hérédité. Le caractère nécessaire de la théorie de l'inaliénabilité ne permet point d'en donner une explication. Dans la conception de MM. Aubry et Rau il ne peut y avoir là qu'une dérogation de la part du législateur aux principes rationnels du droit Dire, comme le font les savants auteurs (2), que « la faveur dont les contrats de mariage ont toujours joui en France fonde ces exceptions », c'est avouer que l'idée inaliénabilité du patrimoine ne donne en rien la clef de notre législation complexe sur les successions à venir. C'est fournir la preuve de ce que cette prétendue inaliénabilité du patrimoine n'est point un principe essentiel. C'est implicitement reconnaître que l'aliénation d'un patrimoine futur n'a rien d'impossible en soi-même, comme le serait l'aliénation d'une personnalité par exemple. Car enfin la faveur faite aux contrats de mariage ne pourrait rendre praticable une opération qui, dit-on, implique contradiction dans les termes : le patrimoine étant un

(1) Cf. Nast, *op. cit.*, ch. v, p. 351 ; Guyénot, *op. cit.*, ch. III, p. 246 ; Pascano, *op. cit.*, ch. VIII, p. 273.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 242.

attribut de la personnalité et cette dernière étant de sa nature intransmissible. Le seul fait qu'il soit besoin d'interdire les pactes sur succession future ne montre-t-il pas du reste que ceux-ci seraient, sans cette prohibition, parfaitement réalisables ? L'idée d'aliénation d'un patrimoine ne présente donc point un « véritable contre-sens ». Elle peut se comprendre et bien plus, se traduire dans les faits. Admettre le concept d'inaliénabilité du patrimoine ne supprime point, d'autre part, pour l'interprète la nécessité de recourir aux autres motifs de prohibition des pactes sur succession future. Cette notion n'explique, en effet, que l'interdiction des pactes d'institution d'héritier et celle des contrats sur la succession d'un tiers. Elle ne peut justifier la prohibition des renonciations anticipées. Et même en ce qui regarde les deux premières catégories de convention elle ne trouve d'application que s'il s'agit de contrats portant sur la succession tout entière, sur le patrimoine.

L'idée d'inaliénabilité présente de plus certains *dangers*. La prendre comme *criterium* entre les pactes permis et non permis ne pourrait qu'amener à des erreurs. L'on serait tenté de croire que toute convention ne portant pas sur le patrimoine entier — lequel seul se confond avec la personnalité inaliénable, dans la pensée de Zachariæ. — échappe à la prohibition. Il n'en est rien. Pour qa'il y ait pacte interdit par l'article 1130, il suffit que la chose, objet du contrat soit une quote-part d'une succession future ou seulement qu'elle soit considérée comme devant former *un des* éléments d'une succession non encore ouverte (1). Le principe de l'inaliénabilité du

(1) Barde (Baudry), *Obligations*, I, n° 265. Demolombe, *Obliga-*

patrimoine conduirait à de tous autres résultats. Elle permettrait de regarder comme valables les pactes qui auraient pour but, non de conférer un droit sur le patrimoine-personnalité mais seulement un droit sur l'ensemble des biens, de créer, non des continuateurs de la personne mais des successeurs aux biens : successeurs universels ou à titre universel ou même successeurs à titre particulier (1). Il est bien certain cependant que la convention sur les *res singulares* d'une succession non ouverte tombe sous le coup des défenses légales (2). Donner comme fondement théorique à la prohibition des pactes sur succession future la nature même attribuée *a priori* au patrimoine offre, a-t-on dit (3), un autre inconvénient. Un tel système serait susceptible d'empêcher l'interprétation restrictive des dispositions qui prohibent les contrats successoraux, et d'entraver le développement d'une jurisprudence progressive, en ce sens. Pareille interprétation est, en effet, impossible pour les adeptes de la théorie classique du patrimoine, puisqu'ils déclarent ces dispositions fondées sur l'inaliénabilité de celui-ci, et cette inaliénabilité postulée par la conception même qu'ils se font de la notion de patrimoine. — En fait nous

tions, n° 325. Rep. J. G. (Dalloz), V° *Successions*, p. 1145 et s. M. Nast, *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, thèse Paris, 1905, p. 179, n° 188.

(1) Cf. Guyénot, *loc. cit.*, p. 159.

(2) Barde, *Oblig.*, I, n° 274; Troplong, *Vente*, I, n° 2465; Aubry et Rau, IV, p. 317; Demolombe, XXIV, n° 325; Larombière, p. 259, t. I, art. 1130, n 13; Laurent, XVI, n° 85; *Civ. rej.*, 11 novembre 1845, S. 45. 1. 785. Lyon, 14 janvier 1852, *Rev. arr., Lyon*, t. XXX, p. 44; Cass., 8 mai 1894, *Pand. franç.*, 95. 1. 96. V. Pascano, *op. cit.*, p. 167.

(3) Gény *op. cit.*, IIe p., ch. II, § 67, p. 127.

croyons que ce lien — du reste rigoureusement déduit — entre l'idée du patrimoine attribut de la personnalité et la prohibition des pactes sur succession future n'a point été aperçu des auteurs. La remarque est restée personnelle à Zachariæ et à ses continuateurs MM. Aubry et Rau. Elle n'a pas eu d'influence sur la jurisprudence, à la différence d'autres aspects de la notion classique du patrimoine, de l'idée de continuation de la personne, par exemple. La tendance générale (1) des arrêts a été de limiter toujours davantage l'application de la prohibition (2). Il n'en reste pas moins vrai que le concept classique du patrimoine pourrait être ici un obstacle à l'évolution et au progrès du droit.

La vie abandonne l'antique interdiction des pactes successoraux. Le jour où, pour répondre à un état social nouveau, le législateur admettra la validité des contrats sur succession future, « le principe de l'inaliénabilité du patrimoine incontestable au point de vue de la théorie » (3) ne pourra pas un instant arrêter la réforme si celle-ci est véritablement exigée par un changement dans les mœurs et dans les idées.

Il est permis de se demander ce que vaut une conception juridique, donnée comme rationnellement nécessaire alors que plusieurs législations ont pu facilement y déroger, quand la législation française, qu'on prétend par elle expliquer ne s'harmonie en rien avec ses

(1) Si l'on veut bien faire abstraction de la célèbre et regrettable décision des Chambres réunies du 2 juillet 1903. S. 1904. 1. 65; D. 1903. 1. 353.

(2) Voyez des exemples dans Guyénot, *op. cit.*, p. 261, et dans Nast, p. 176.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*

conséquences et quand enfin de bons esprits (1) ne voient de progrès en la matière que dans une atteinte toujours plus grande de la part du législateur aux principes que postule cette conception même.

§ 2. — En réalité les aliénations de patrimoine ou de quote-part de patrimoine sont nombreuses dans notre droit. Nous l'avons déjà pressenti : quelques-unes des exceptions admises par le Code civil à la prohibition des pactes sur succession future concernent de véritables aliénations de patrimoines. Celles-ci sont alors autorisées. Il en est ainsi, en certains cas, de la donation de biens à venir. *La donation de biens à venir* est en somme la donation d'un patrimoine futur, actif et passif. Cette transmission ne doit avoir lieu qu'à cause de mort. Elle crée une véritable vocation héréditaire. Aussi bien l'idée du patrimoine émanation de la personnalité a-t-elle joué là un rôle aujourd'hui périmé : la transmission du patrimoine entraîne pour l'héritier contractuel comme pour l'héritier légal l'obligation *ultra vires*. Nous aurons à examiner plus loin ce lien entre la notion classique du patrimoine et l'obligation *ultra vires* aux dettes. Si l'on fait abstraction de tout principe admis *a priori*, rien, au point de vue rationnel, ne pourrait empêcher de ne voir dans la donation de biens à venir qu'une transmission universelle du patrimoine biens et dettes, actif et

(1) Laurent (*Avant-projet du C. civil belge*), admet les pactes des successions futures pourvu que le *de cujus* y consente (V. t. IV, p. 64 et s,, art. 1802). Cf. Claudio Janet, *III*e *appendice à l'organisation de la famille*, de Le Play, Ambroise Colin, *Rapport à la Société d'Econ. Polit.*, 1903. Conclusions de trois thèses récentes sur la prohibition des pactes successoraux : Nast (Paris, 1905), Guyénot (Dijon, 1906) ; Pascano (Paris, 1907).

passif. L'actif, dans cette conception, répondrait et répondrait seul du passif. Ce serait peut-être la solution qui concilierait le mieux les intérêts en présence. Qnoi qu'il en soit, retenons que le prétendu principe d'inaliénabilité du patrimoine n'empêche point le Code français de reconnaître, sous le nom d'institution contractuelle, dans le contrat de mariage (art. 1082 et art. 1086) au profit des époux et des enfants à naître, le droit de disposer irrévocablement en tout ou en partie du patrimoine qu'on laissera à son décès (1).

Le Code civil admet également dans le contrat de mariage et au profit des époux et des enfants à naître *la donation de biens présents et à venir*. Il y a là, suivant l'option du donataire, don d'un patrimoine présent ou don d'un patrimoine futur. Pour accorder lors du décès au donataire ce choix entre deux donations il faut, et la loi l'exige, qu'un état des dettes et charges existantes au moment de l'acte y soit annexé. Cela est de toute nécessité pour établir, en cas d'option en faveur du patrimoine présent, du patrimoine du jour de la donation, la consistance même de ce patrimoine. Faute de cette précaution, la donation ne peut plus valoir que comme don de patrimoine avenir (art. 1085) ; nous rentrons dans le cas précédemment étudié. L'annexion de l'état des dettes présentes a-t-elle au contraire eu lieu, il sera loisible au donataire d'opter soit pour les biens à venir — auquel cas la donation produira tous les

(1) Une telle donation de patrimoine ou de quote-part de patrimoine futur peut être faite par l'un des époux à l'autre dans le contrat de mariage, mais alors elle n'est pas transmissible aux enfants à naître (art. 1093).

effets d'une donation de biens à venir, — soit pour les biens présents. Dans les deux hypothèses il s'opérera une transmission du patrimoine. Nous l'avons montré en ce qui concerne les biens à venir. Nous retrouverons sous un aspect plus général la question en étudiant les effets que doit produire toute donation de l'universalité des biens présents et quelle idée rend compte de ces effets.

Poursuivons auparavant l'examen des dispositions du code qui d'elles-mêmes impliquent, et ce à l'encontre de la doctrine classique, une véritable transmission de patrimoine entre vifs.

MM. Aubry et Rau affirment que « les dispositions du Code relatives aux sociétés universelles en général et à la communauté en particulier ne sont nullement en opposition avec le principe de l'inaliénabilité du patrimoine. En formant une société universelle on n'aliène pas son patrimoine, ajoutent-ils. Il semble qu'il y a plus ici une affirmation qu'une démonstration. La mise en société universelle de tous ses biens présents constitue bien une transmission universelle (2). MM. Aubry et Rau

(1) P. 242, note 7. Cf. Zachariæ, § 576, note 2 *in fine*.

(2) Nous n'avons pas, dans cette partie, à discuter si, comme on l'admet en général, l'apport à une société doit s'expliquer comme transmission au profit d'une personne morale, la Société, ou comme affectation d'un bien au but social. Nous employons le langage courant. Remarquons-le, si l'on considère la personnalité comme l'élément essentiel du patrimoine, l'indépendance de la personnalité humaine obligera à ne voir dans une affectation universelle, non l'affectation d'un patrimoine, mais celle de certains biens individuellement désignés, comme elle oblige à ne voir dans une transmission universelle que la transmission d'une catégorie d'objets séparément envisagés.

partent du postulat qu'ils ont admis *a priori* ; le patrimoine n'est point seulement pour eux l'ensemble des biens présents c'est la personnalité même de l'homme. Quand l'homme aliène tous ses biens présents et de plus tous les gains à titre onéreux qu'il pourra faire, toutes les donations et toutes les successions qui pourront lui parvenir au moins quant à la jouissance, il conserve la capacité d'acquérir, la personnalité, il n'a donc pas aliéné un patrimoine.

Et cependant, si pour satisfaire des principes purement théoriques, on ne consent point à voir dans une telle opération la transmission d'un patrimoine, l'on va être logiquement entraîné à des solutions extrêmement regrettables. Les dettes présentes des associés ne tomberont point à la charge de la société : Elles sont la charge de l'ensemble des biens, du patrimoine et non de tels ou de tels biens envisagés individuellement. Ainsi, et réserve faite de l'action Paulienne, dont la réussite est fort difficile dans la pratique, il serait dès lors extrêmement commode de fruster ses créanciers de l'actif sur lequel portent leurs droits, qui, dans un patrimoine, forme la contre-partie du passif, qui, en un mot, est leur gage. Il suffirait de former une société universelle. Le raisonnement est rigoureux. Les obligations pécuniaires dont quelqu'un peut être redevable portent sur le seul patrimoine. Si la mise en société ne constitue point une aliénation du patrimoine, si elle ne comprend que les biens présents séparément considérés, la société ne succède qu'à titre particulier, elle n'est pas tenue des dettes. Le droit des créanciers continuera à porter sur le patrimoine de leur débiteur, patrimoine « inhérent à sa personnalité » et dont l'existence n'est pas subordonnée à la

condition « qu'il possède des biens » (1). L'action des créanciers ne frappera qu'une bourse vide.

Hâtons-nous d'ajouter que ce n'est pas la solution qu'admettent MM. Aubry et Rau. Ceux-ci, sans en donner du reste l'explication, décident (2) que « les dettes des associés existant au jour du contrat, ainsi que les charges dont leurs biens sont grevés, entrent dans la société de leur nature ». Mais il y a là de leur part une véritable entorse à la logique. En réalité, la non transmission des dettes était la conséquence nécessaire de l'idée d'inaliénabilité du patrimoine. MM. Aubry et Rau sentent bien que semblable décision serait tout à fait inadmissible. Ils abandonnent un instant la rigueur de leurs déductions, ils oublient l'importance, la nécessité rationnelle qu'il prêtaient à l'idée d'inaliénabilité. C'est que — ainsi que le dit M. Gény (3) — « le sentiment de la justice et le sens commun protestent si énergiquement, même chez les juristes les plus fermes dans l'application des principes, que bien peu y résistent pour aller jusqu'à l'extrême des déductions strictement logiques ».

Le caractère de vérité absolue attribuée à l'idée d'inaliénabilité du patrimoine, le concept du patrimoine qui l'imposait n'en sont pas moins atteints. Dire avec M. Wahl que toutes les dettes présentes tombent en société par application de la règle « *Non sunt bona nisi*

(1) Cf Aubry et Rau, p. 241, § 577. Zachariæ, § 575, texte *in fine*.

(2) Aubry et Rau, IV (4e éd.), § 379, p. 553 ; Zachariæ, § 379, texte et note 6. Même solution dans Troplong, *Sociétés*, I, nº 277 ; Laurent, XXVI, n. 237 ; Wahl (*traité Baudry*), *De la société du prêt...* (3e éd., 1907), p. 94, nº 143.

(3) Gény, *op. cit.*, p. 40.

deducto ære alieno », règle qui s'applique à toutes les aliénations à titre universel, c'est ne voir dans le patrimoine (*bona*) rien autre chose qu'un ensemble complexe de biens et de dettes, de droits inséparablement liés, par ce que tous affectés à un but économique, un ensemble dans lequel le passif est la contre-partie de l'actif. Chaque fois qu'une aliénation de la totalité ou d'une quote-part des biens présents aura lieu, nous pourrons dire de même qu'avec les biens ont été transmises les dettes qui en sont la charge. Le cessionnaire sera responsable des obligations jusqu'à concurrence de son émolument. Somme toute, il y a alors aliénation ou d'un patrimoine entier ou d'une quote-part de patrimoine. Quant à l'inaliénabilité de la personnalité de l'homme elle est, en pareil cas, hors de question.

Cette idée plus réaliste et, du reste purement provisoire et hypothètique, du patrimoine nous permettra de comprendre certaines transmissions universelles ou à titre universel portant à la fois sur les biens et *sur les dettes* et dans lesquelles la doctrine classique refuse de voir des transmissions de patrimoine. Tels sont l'établissement de la communauté, la constitution de dot universelle. Ici, du reste, cet élément personnel dans lequel la doctrine classique voit l'essence du patrimoine, l'activité même des époux n'est-elle pas aliénée en quelque façon? Cette manière de voir n'a, il est vrai, qu'un intérêt théorique : le sort des dettes a été réglé par le législateur. Ne peut-on cependant se demander comment MM. Aubry et Rau pourraient expliquer les décisions légales après avoir affirmé que « les dispositions du Code ... relatives à la communauté conjugale en particulier, ne sont nullement en opposition

avec le principe de l'inaliénabilité du patrimoine » (1) ?

Affirmer l'inaliénabilité du patrimoine n'a pas pour seul but de proposer une synthèse plus harmonieuse des solutions admises par tous. L'idée contraire offre des dangers non chimériques. Elle amène logiquement MM. Aubry et Rau a émettre une proposition extrêmement choquante : « Il résulte entre autres, disent-ils, du principe de l'inaliénabilité du patrimoine, qu'une donation entre vifs quoique comprenant tous les biens présents du donateur ne porte cependant que sur les objets individuellement envisagés et qu'ainsi, le donataire n'étant en réalité qu'un successeur particulier n'est pas tenu de plein droit de l'acquittement des dettes du donateur » (2). « Cette décision, — MM. Aubry et Rau l'expliquent, — découle par voie de conséquence des principes précédemment admis sur la *nature du patrimoine*, sur les actes à l'aide desquels il peut être transmis en tout ou en partie et sur les droits et obligations des différents successeurs. » Il ressort en effet de ces principes que le patrimoine d'une personne n'est susceptible d'être transmis qu'au moyen d'actes ayant pour objet les biens que cette personne laissera à son décès ; que la donation entre vifs de biens présents ne constitue point un mode de transmission universelle alors même qu'elle comprendrait la totalité ou une quote-part des biens possédés

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 241, § 577, note 7 ; Zachariæ, § 576, note 2, *in fine*.

(2) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 242, § 577 ; Voir également, § 706, note 2, p. 403, t. VII ; — M. Colin (Traité Baudry), t. I, p. 604, n° 1352 ; Planiol, *Traité élémentaire*, III, n° 2588 ; Huc, VI, p. 222.

par le donateur au moment de sa passation et que le donataire de biens présents n'étant jamais qu'un successeur à titre particulier ne saurait de droit être tenu des dettes du donateur (1). C'est toujours le même raisonnement : l'entité que serait le patrimoine ne se confond pas avec les biens qui le composent, elle survit à leur aliénation et reste attachée à la personne du donateur. Les dettes grèvent ce patrimoine-personnalité mais non les biens. Le donataire n'aura donc pas à en répondre.

La véritable solution juridique ne consiste-t-elle pas plutôt, — nous l'avons vu déjà à propos des apports en société portant sur l'universalité ou une partie de l'universalité des biens présents — à considérer tout à l'inverse qu'il s'agit ici de la transmission d'un patrimoine ou d'une quote-part de patrimoine, d'un ensemble complexe de biens et d'obligations, transmission impliquant, par conséquent, l'obligation pour le donataire à une portion des dettes correspondante à l'actif qu'il reçoit ?

La notion juridique du patrimoine, attribut de la personne, vient cacher la voie. Nous croyons qu'il faut entièrement assimiler au point de vue de l'obligation aux dettes le donataire universel des biens présents ou à titre universel de ces biens au légataire universel et au légataire à titre universel. De même, disons-nous, que le légataire universel est tenu de toutes les dettes qui grèvent le patrimoine du défunt, de même le donataire de tous les biens présents devrait être tenu de toutes les dettes qui grèvent le patrimoine du donateur. De même que le

(1) Sic Troplong, *Vente*, t. 1er, pp. 449 et s. ; Demolombe, XX, p. 454 et t. VIII, note 6 du § 733.

légataire à titre universel est tenu des dettes du défunt au prorata de la part qu'il prend dans les biens héréditaires, de même le donataire d'une quote-part des biens présents doit être tenu des dettes qui grèvent alors les biens du donateur, au prorata de l'émolument qu'il retire de la libéralité qui lui est faite.

La jurisprudence répond (1) : il n'y a point d'analogie entre une donation de tout ou partie des biens présents et un legs universel ou à titre universel. Grande au contraire est la différence, affirme un arrêt de la Cour de Toulouse (29 janvier 1836) (2) : le légataire représente la personne du testateur pour la partie des biens dans laquelle il succède ; le donataire exerce les droits qui lui ont été cédés par le donateur ; il est son « ayant cause » mais non son « représentant ». On le voit : il y a ici une influence certaine de la notion classique du patrimoine. Le donataire n'est pas tenu des dettes parce qu'il ne succède pas à la personne du donateur, c'est-à-dire parce qu'il n'acquiert pas son patrimoine : la théorie que nous attaquons ne sépare point les deux concepts : personnalité, patrimoine. Le patrimoine du donateur ne se confond

(1) Nimes, 3 avril 1827, *S. Chron.*; Bordeaux, 29 mars 1827 ; Grenoble, 12 mai 82 (S. 82. 2. 246) ; — *Revue encyclop. du Droit français* (Labori), t. V, 1891. nos 225 et suivants et supplément., t. I, 1909.

(2) Toulouse, 29 janvier 1836. S. 37. 2. 27. ; *idem* 13 juillet 1839. S. 39. 2. 519. La même Cour de Toulouse, le 13 avril 1821. (Sirey Chronol.) avait cependant fort bien compris que l'obligation aux dettes dérive du caractère même d'universalité de la libéralité, laquelle porte sur les biens « *in genere* » sur le patrimoine ou sur une quote part du patrimoine pris dans son ensemble et comporte donc nécessairement l'obligation pour le donataire de supporter le passif lié à l'actif.

pas avec ses biens présents. Il reste attaché à sa personne. Les donataires de tous les biens présents ou d'une quote-part des biens présents n'appréhendent donc point un patrimoine, ils s'empareront des biens et ne seront point tenus des dettes qui cependant en sont l'inséparable complément. Grâce à la fiction de continuation de la personne, le patrimoine — et il le fallait bien — passera au contraire au légataire universel et en général à tout successeur universel à cause de mort. Succédant à la personne, ceux-ci succèdent dès lors au patrimoine son attribut et sont tenus des dettes qu'il contient. Nous verrons même qu'ils en sont tenus sur leur patrimoine personnel : exagération inverse, elle aussi produite par la notion actuelle du patrimoine et que nous aurons à critiquer (1).

Aucune fiction ne peut, tant qu'un homme vit, attribuer sa personnalité à un autre. Aussi, tandis que nous affirmons, d'après le caractère d'universalité de la libéralité qui lui est faite, l'obligation aux dettes du donataire de tout ou quote-part des biens, la Cour de Toulouse (2), dans un arrêt du 29 janvier 1872, déclare « que l'idée d'universalité et l'idée de transmission entre vifs sont deux idées qui impliquent contradiction ; qu'en effet l'universalité (c'est-à-dire, remarquons-le, le patrimoine — les deux mots sont bien ici synonymes —) contient dans sa compréhension les biens présents et à venir tandis que la donation de biens présents ne peut jamais être qu'une donation à titre particulier. » L'argumentation ne change pas : le patrimoine d'une personne à un moment donné n'est point l'ensemble des biens et

(1) Voir ch. II (2e partie du Liv. Ier).
(2) Voir 29 janv. 72 : S. 73. 2. 200.

des obligations de cette personne à ce moment même : il contient quelque chose de plus ; un élément personnel, l'aptitude à acquérir, les biens à venir. Ce n'est point un ensemble de valeurs, une somme de biens, c'est un être qui vit, change, se développe comme la personne dont il « représente l'activité juridique » (1).

Si la jurisprudence, toute imprégnée de la conception classique du patrimoine, admet ici une solution regrettable, il faut le dire, elle sait dans la pratique écarter ce que sa décision pourrait avoir de particulièrement injuste. Une clause de la donation, personne ne l'ignore, peut obliger tout donataire — fut-il donataire d'une somme fixe seulement ou d'un objet déterminé — à acquitter les dettes du donateur. C'est une stipulation en faveur des créanciers et ceux-ci ont le droit de s'en prévaloir. Quand il s'agit d'une donation de totalité ou quote-part des biens présents, les arrêts n'exigent point que la clause imposant au donataire le paiement de tout ou partie des dettes soit expresse. Une telle clause — tacite — est très facilement présumée (2). Presque toujours l'acte est interprété comme montrant l'intention du donateur d'imposer cette charge au donateur.

On arrive ainsi aux mêmes résultats que par l'idée d'aliénation du patrimoine entier ou d'une quote-part du patrimoine, actif et passif étant inséparables. C'est pourquoi la question qui se présentait fréquemment en jurisprudence à une certaine époque n'est plus posée que rarement. On ne discute plus que pour savoir si, en

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, loc. cit.

(2) Cf. Toulouse, 29 janv. 72, précité ; Grenoble, 12 mai 82, précité. Cf. Colin (collection Baudry), n° 1353 (*op. cit.*) ; Planiol, III, n° 2588.

fait, une stipulation implicite en faveur des créanciers peut-être présumée avec quelque vraisemblance. En présence d'une donation faite sans aucun détail et dans ces termes. « Je donne tous mes biens présents ou la moitié, le tiers de mes biens présents », le donateur peut soutenir avec raison que par ces mots « biens présents » il n'a entendu désigner que ce qui lui resterait de fortune après déduction des dettes !... Ce sont MM. Aubry et Rau qui nous l'affirment (1). N'y a-t-il pas dans l'adoption de cette présomption forcée, dont le seul but est de parer aux inconvénients du principe rigide de l'inaliénabilité du patrimoine une *inelegantia juris*? Pourquoi recourir à cette construction compliquée? Pourquoi ne s'en pas tenir à l'observation positive des faits ? Quelle différence y a-t-il, au point de vue objectif, entre l'ensemble des biens présents et le patrimoine? Si la science du droit n'a d'autre but que de régler la protection des divers intérêts dans une situation donnée, pourquoi partir de principes *a priori*, du postulat de l'inaliénabilité du patrimoine? N'est-il pas juste que celui qui, d'un ensemble dans lequel le passif et l'actif sont étroitement unis, prend l'actif, assume en même temps la charge du passif, succède au patrimoine en tant que tout? Les choses se passeront de même pour une part des dettes quand une part des biens aura été donnée.

La notion du patrimoine inaliénable et inaliénable même pour partie, est du reste en contradiction avec la loi elle-même. L'article 1422 n'interdit-il pas à l'époux marié sous le régime de la communauté de disposer entre vifs « de l'*universalité ou d'une quote-part*

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, § 706, texte et note, p. 404.

du mobilier si ce n'est pour l'établissement des enfants communs » ? Une donation portant sur une fraction du patrimoine (mobilier ou partie du mobilier) serait-elle donc possible ? puisqu'on prend soin de la défendre. Les auteurs se gardent bien d'admettre pareille conséquence. Ils proclament à l'envie qu'il n'y a de donations universelles que celles qui se font par décès (1), que les donations entre vifs sont nécessairement des transmissions à titre particulier. Puis, afin de donner un sens plausible à l'article 1422, ils l'interprètent comme application de l'article 1082. A leur sens, l'article 1422 n'a pour but que de prohiber toute donation de *biens à venir ou institution contractuelle* de l'Universalité ou d'une quote-part du mobilier de la communauté sauf au profit des enfants communs. Il est bien peu probable que les rédacteurs du Code aient pensé à ce moyen exceptionnel. Si l'on ne regarde point *a priori* ce postulat : « le patrimoine simple émanation de la personnalité de son titulaire en est inséparable même pour partie » comme nécessaire, on dira simplement avec les arrêts que la loi a voulu interdire ici toute donation portant sur la totalité ou sur la plus grande partie du mobilier présent (2). Semblable donation d'une fraction souvent considérable du patrimoine commun dépasse les pouvoirs d'administration du mari.

En ce qui concerne les partages d'ascendants la jurisprudence s'est laissé davantage influencer par la notion

(1) Cf. Planiol, III, 4e éd., p. 106, n° 1024 ; Baudry - Lacantinerie : *Précis*, III, p. 83, n° 116; Le Courtois et Surville (traité Baudry), *Contrat de mariage*, t. I, p. 600, n° 661.

(2) Req. 18 mars 1852. S. 62. 1. 869, Bordeaux, 16 janv. 1878. S. 78. 2. 252 ; Agen, 11 fév. 1896. D. 97. 2. 513.

du patrimoine-personnalité. Avec la doctrine, elle décide que la donation-partage portant sur la totalité ou sur une partie des biens de l'ascendant n'est pas une aliénation de patrimoine ou de fraction de patrimoine (1). Elle suit ici la théorie de MM. Aubry et Rau, pour qui : « les descendants entre lesquels l'ascendant a partagé par acte entre vifs la totalité ou une quote-part de son patrimoine ne sont pas plus que des donataires ordinaires soumis de plein droit au payement des dettes de l'ascendant même existantes à l'époque du partage » (2). C'est improprement que de tels donataires seraient appelés donataires *universels*. Ils ne succèdent pas en réalité au patrimoine qui « ne saurait se comprendre détaché de la personne à laquelle il appartient » (3). Ils ne recueillent que les biens appartenant à l'ascendant lors de la donation c'est-à-dire des biens particuliers ; ils ne sont donc que des successeurs à titre particulier, aussi ne peuvent-ils en cette qualité être tenus des dettes de l'ascendant donateur.

Il semble préférable de ne faire aucune différence entre l'aliénation des biens présents et l'aliénation du patrimoine dans l'état où il se trouve. Avec l'actif sera transmis aux copartagés, et du vivant même de l'ascendant, le passif. Dans les limites des biens par eux recueillis, les enfants ne doivent-ils pas être tenus de payer les

(1) Douai, 12 février 1840. S. 40. 2. 393. En sens contraire : Agen 1837 (14 juin). S. 39. 2. 490.

(2) Aubry et Rau, *op. cit*,. VIII, § 733, p. 29 et note 9 ; Demolombe, XXIII ; Laurent, XV, n° 75 et 76; M. Colin (traité Baudry), t. II, n° 3.622 et 3.623 (p. 718). *Contra* : Troplong, IV, n° 2. 310 ; Marcadé, art. 1076, n° 2.

(3) Aubry et Rau, VII, p. 242, § 577.

dettes du donateur ? On sent que telle est la véritable règle juridique. Les enfants copartagés ne peuvent prendre les biens qu'avec les charges qui les grèvent. Ils recevront l'ensemble complexe des biens, des créances et des dettes : le patrimoine entier.

Il est pas inutile, ici encore, de recourir à une présomption de convention tacite pour permettre aux créanciers de l'ascendant de poursuivre leur gage entre les mains des gratifiés ?

§ 3. — Les transmissions jusqu'ici examinées et que nous avons regardées comme des aliénations de patrimoines étaient toutes des aliénations à titre gratuit Notre interprétation différerait-elle s'il s'agissait d'aliénations à titre onéreux.

Dans le domaine des faits la transmission à titre onéreux de la totalité du patrimoine ne se rencontre guère que sous forme d'aliénation de tous les biens présents à fonds perdu (1). Est-il besoin de le dire encore ici : une telle aliénation, bien qu'elle laisse intacte et la personnalité de l'aliénateur, et ses biens à venir doit être regardée comme l'aliénation du patrimoine entier tel qu'il se trouve ; actif et passif passent en bloc à l'acquéreur. Les créanciers du cédant deviendront donc ceux du cessionnaire.

La vente d'un fonds de commerce offre l'exemple d'une transmission à titre onéreux d'une fraction de patrimoine. Il semble même que ce soit la seule hypothèse pratique dans laquelle on puisse voir semblable transmis-

(1) Peu importe que quelques biens isolés aient été réservés par le cédant.

sion (1) Le fonds de commerce forme toujours et pour le moins une partie très importante des biens du vendeur. Cette partie n'en est point sans doute une fraction numérique comme le tiers, le quart mais elle en est à coup sûr une fraction matérielle. La cession porte au point de vue actif sur tout un ensemble de droits réels (propriété des marchandises, du matériel...) et de créances (droit au bail...) Si l'on comprend qu'un ou plusieurs biens puissent être détachés du patrimoine; si l'on s'explique que les créanciers ordinaires pourvus seulement de droits personnels (c'est-à-dire, depuis que l'exécution sur les biens a remplacé l'exécution sur la personne de droits sur les biens compris dans le patrimoine) si l'on s'explique, dis-je, qu'en pareil cas ces créanciers perdent tout recours; à la différence des créanciers nantis de droits réels, ne puissent poursuivre les biens ainsi désaffectés et soient obligés de recourir à l'action Paulienne pour faire déclarer cette désaffectation inopérante à leur égard, on ne saurait admettre qu'une véritable *tranche* de l'actif, si une telle expression peut s'employer, soit aliénée sans qu'en même temps le soit une portion correspondante du passif. Dans la cession d'un fonds de commerce nous

(1) Nous ne soutenons pas ici que le fonds de commerce forme un patrimoine distinct. La discussion de cette opinion — qu'au surplus nous ne croyons pas devoir admettre — viendra dans notre seconde partie.

L'aliénation du fonds de commerce n'est pas évidemment le seul cas où se présente la transmission d'une portion de l'ensemble complexe que nous nommons patrimoine. Mais dès qu'il s'agit d'une exploitation agricole ou de toute autre masse de biens dans laquelle entrent des immeubles, la possibilité qu'on eue les créanciers de se procurer une sûreté réelle, une hypothèque, fait prendre au problème un tout autre aspect.

verrons donc non point une série d'aliénations à titre particulier mais l'aliénation d'une partie du patrimoine du cédant.

C'est ce que — malgré l'autorité attachée à la notion classique du patrimoine — avait fort bien compris la pratique. Une procédure, par elle organisée permettait de purger le fonds de commerce de la portion de dettes qu'il gageait. Dans un grand nombre de centres commerciaux l'usage voulait que les cessions de fonds de commerce soient publiées par insertion dans un journal. Pendant un certain délai les créanciers du vendeur faisaient connaître le montant de leurs créances à l'acheteur. Le cessionnaire en leur offrant puis en leur versant la somme qui représentait la valeur active du fonds affranchissait celui-ci. S'il n'avait recours à cette procédure il restait, à notre sens, tenu envers les créanciers du cédant alors même qu'il aurait payé à celui-ci le prix du fonds.

La loi du 13 avril 1909 (1), a précisé cette procédure créée par l'usage. Son article 3 prescrit dans la quinzaine de l'acte de vente une première inscription d'un extrait de cet acte dans un journal d'annonces légales. Une seconde annonce a lieu dans un délai de quinze jours après la première. Dix jours après cette deuxième publication, les créanciers peuvent faire opposition au payement du prix hors de leur présence. Pendant 20 jours (art. 5) l'acte est mis à leur disposition. Ils en prennent communication. S'ils ne trouvent point le prix offert par le concessionnaire du fonds suffisant pour dégager cette

(1) Voir D. 1909. 4. 41 ; loi complétée par celle du 1er avril 1909 (D. 09. 4. 62).

fraction du patrimoine du cédant du passif qui en est une partie intégrante ils peuvent former une surenchère. Le prix fixé une distribution en est faite entre les créanciers (art. 6). L'acquéreur du fonds est complètement libéré à l'égard des créanciers qui ont négligé de se faire connaître.

De la cession du fonds de commerce on peut rapprocher la vente d'un navire. La vente d'un navire n'est pas regardée comme la transmission d'un bien particulier et isolé, notre droit voit là l'aliénation d'une portion du patrimoine. Avec l'actif passe à l'acquéreur la charge des dettes du vendeur. C'est ce que décident l'article 190 du Code de commerce : « Les navires et autres bâtiments de mer ... sont affectés aux dettes du vendeur et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées », et l'article 196 du même Code : « la vente volontaire d'un navire en voyage ne préjudicie pas aux créanciers du vendeur. En conséquence, et nonobstant la vente, le navire ou son prix continue d'être le gage desdits créanciers... » Tous les créanciers du vendeur sans distinction, alors même que la cause de leurs créances serait étrangère à la navigation maritime (1), deviennent créanciers de l'acquéreur. Le navire avec ses accessoires forme une importante fraction du patrimoine du vendeur, cette fraction emporte avec elle la charge d'un passif correspondant à sa valeur. Les dettes même chirographaires (2) passent au vendeur avec l'actif qui en a la charge.

(1) La rédaction proposée par le tribunal de Marseille portait « dettes contractées à raison du navire ». On lui substitua les mots « dettes du vendeur ». Cf. *Repr. génér. alphab. Droit français.* Fuzier-Herman, 1901, V° navire, n° 507.

(2) Tout le monde admet aujourd'hui que le droit de poursuivre

L'acheteur n'est pas obligé sur tous ses biens mais seulement parce qu'il détient un actif dont le passif est la contre-partie inséparable. Il n'est tenu que dans les limites de cet actif. Il peut délaisser, car il n'est débiteur que *propter rem*. Il peut également purger. Le prix d'acquisition est alors réparti entre les créanciers du vendeur. Tout cela s'explique admirablement par l'idée d'aliénation d'une portion de cet ensemble complexe de biens et d'obligations étroitement liés qu'est le patrimoine.

l'acquéreur appartient à *tous* les créanciers, tant que celui-ci n'a pas purgé le navire des dettes par lui gagées : Cass., 3 juin 1863. S 63. 1. 287. Cf. Lyon-Caen et Renault, t. VI, n. 1475, p. 447. D'après le Répertoire des *Pandectes françaises*, t. XXXXI (1903) V° *Navire* (ch. III, sect. 1, n° 219, p. 759), « quelques auteurs s'appuyant sur l'opinion de Valin ont cru qu'il s'agissait ici (art. 190) de l'action révocatoire ou Paulienne que l'article 1167 C. C. accorde à tous les les créanciers (Aubry et Rau, t. IV, § 313, n. 14). » Nous n'avons point retrouvé ces quelques auteurs et le passage d'Aubry et Rau cité n'est pas relatif à la question soulevée. L'opinion indiquée par le *Répertoire* des *Pandectes* est cependant la seule logique dans la théorie du patrimoine-aspect de la personnalité et par celà même inaliénable. Cette notion du patrimoine admise *a priori*, les art. 190 et 196 C. Co. deviennent en effet inexplicables. Le patrimoine, pas plus que la personnalité juridique du vendeur, n'ayant pu être transmis, ni pour le tout, ni pour partie, à l'acquéreur, comment ce dernier aurait-il la charge des obligations de son vendeur ?... Il faut à toute force faire cadrer les articles 190 et 196 avec les postulats regardés comme rationnellement nécessaires. Pour que le navire doive encore, on exigera que l'action Paulienne, en annulant la vente qui en a été faite, *le fasse rentrer dans le patrimoine du vendeur*. La lecture du texte de nos articles ne permet pas d'y voir un simple rappel de l'action Paulienne, ils ne parlent ni de fraude, ni d'annulation de la vente. L'action Paulienne n'existe que si une *fraude* du vendeur, fraude que l'acquéreur à titre onéreux n'a pas ignorée, a augmenté son insolvabilité.

Cession de fonds de commerce, vente de navire nous paraissent des aliénations de fractions de patrimoine présumées par la loi. Dans de tels actes, la loi ne veut point voir la transmission de quelques droits actifs isolés. Elle les regarde comme opérant le transport d'une partie du patrimoine même, avec le passif qui en est l'élément négatif.

S'agit-il d'une donation portant sur l'universalité ou sur une quote-part des biens présents, il n'est, nous l'avons vu, besoin d'aucune présomption pour qu'il y faille voir la transmission universelle ou à titre universel du patrimoine. Les parties ne peuvent faire en effet que la totalité des biens se sépare de la totalité des dettes qui tirent d'eux toute leur valeur que le quart ou le tiers des biens puisse s'affranchir des dettes qui y sont si intimement mêlées qu'à vrai dire on n'en peut connaître la consistance véritable qu'après une liquidation qui fera disparaître le passif.

*
* *

Essayons de mettre en œuvre les données que nous fournit cette étude sur l'aliénabilité du patrimoine : solutions prévues par les textes ou imposées par les nécessités de la vie pratique, découvertes de l'*intuition* juridique et de la libre recherche scientifique.

D'une part, la doctrine classique conclut à l'impossibilité théorique de la transmission du patrimoine entre vifs et elle appuie cette thèse sur l'affirmation que le patrimoine étant un attribut de la personnalité participe des caractères de cette dernière, est inaliénable comme elle et ne peut s'en détacher. Non seulement, ajout-t-elle, « une personne ne peut de son vivant se dépouiller de

son patrimoine » (1), mais encore le patrimoine ne saurait durant la vie de celui auquel il appartient lui être enlevé contre son gré, il ne le perd qu'en perdant avec la vie sa personnalité » (2). Et de fait si l'on concerne la doctrine classique il semble bien qu'il n'est point possible de concevoir l'aliénation d'un patrimoine tout entier, d'un patrimoine toujours en voie de transformation.

D'autre part, nous avons dégagé une série d'hypothèses qu'il faut considérer comme des transmissions entre vifs portant sur un patrimoine ou sur une quote-part d'un patrimoine, si l'on veut arriver à une conciliation harmonieuse des décisions de la loi, et faire produire à ces actes les conséquences qu'ils doivent naturellement engendrer.

Procède-t-on sans aucun *a priori* à l'analyse de la transmission universelle, celle-ci semble possible et paraît devoir comporter pour le cessionnaire l'obligation aux dettes jusqu'à concurrence de son émolument. Le cessionnaire d'une universalité de biens sera tenu des dettes auxquelles cette dernière était affectée, en vertu de la corrélation étroite et nécessaire qui existe entre l'actif et le passif. Comme les dettes font partie du patrimoine, le grevent et le grèvent seules, c'est donc que le patrimoine, ou une partie du patrimoine, a été transmis à ce cessionnaire.

L'aliénation du patrimoine n'est donc pas par elle-même chose inconcevable. Il en faut conclure l'inanité du principe classique d'inaliénabilité du patrimoine et de

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, t. VI, p. 241. 244 ; H. Capitant, *Introduction*, p. 194 et 195.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*

la conception du patrimoine dépendance de la personnalité dont ce principe n'est qu'une rigoureuse déduction.

Ne serait-ce point tout simplement la preuve de ce qu'il ne faut voir dans le patrimoine d'un individu rien autre chose que l'universalité de ses biens et de ses obligations à un moment donné, ensemble économiquement inséparable tant qu'une liquidation n'a pas fait connaître la valeur active nette (Reinvermögen) (1). Telle est la notion, au reste purement provisoire et hypothétique pour le moment que nous pouvons retirer de cette première étude et qui nous servira de guide dans la suite de notre travail.

Nous ne voudrions point clore cette partie consacrée à l'inaliénabilité du patrimoine entre vifs sans noter que nos conclusions sur ce point sont pleinement confirmées par l'examen de la législation allemande. L'article 419 du Code civil allemand admet formellement l'acquisition par une personne du patrimoine d'une autre. Il en règle ainsi les effets : « Si une personne acquiert par contrat le patrimoine (das Vermögen) d'une autre, ses créanciers sans préjudice de la responsabilité du débiteur antérieur qui continue d'exister, peuvent à partir de la conclusion du contrat invoquer contre le cessionnaire leurs droits existants à l'époque de la cession. La responsabilité du cessionnaire se limite au montant du patrimoine cédé et

(1) Birkmeyer, *Uber das Vermögen in juristichen Sinne*, Erlangen, 1879, p. 338, emploie cette expression : « Die Schulden werden *in solchen Falle* uber nicht als Bestandtheile, sondern als Lasten des Vermögens von der Gesammtheit der Activa abgezogen (p. 333-337) ...In Wahrheit ist dieser Rest nicht das Vermögen sondern das Reinvermögen (p. 337 339). »

aux droits qui lui reviennent en vertu du contrat. S'il n'évoque cette limitation il y a lieu de lui appliquer par analogie les articles 1990 et 1991 relatifs à la responsabilité des héritiers. » La responsabilité du cessionnaire ne peut pas être exclue par une convention entre lui et le débiteur antérieur. Est-il besoin après l'avoir cité de commenter cet article? « Il traite de l'acquisition par convention d'un patrimoine pris dans son ensemble » (1). La pratique allemande depuis longtemps et contrairement aux solutions qu'indique la notion classique du patrimoine admettait qu'en pareil cas les dettes suivaient la masse des biens et passaient à l'acquéreur. Les créanciers avaient *ipso facto* action contre lui tout en gardant leur ancien débiteur. La responsabilité du successeur se restreint alors à la mesure du patrimoine qu'il a recueilli. « Il ne répond des dettes que sur le patrimoine auquel il succède » (2). Son obligation ne doit s'exercer que sur les biens qui lui parviennent eux-mêmes (*cum viribus*) (3).

(1) Saleilles, *Code civil allemand*, t. I, 1904 (traduit et annoté par Bufnoir... Saleilles), p. 621.

(2) Saleilles *op. cit.*

(3) Nous expliquerons plus loin ce qu'il faut entendre par obligation *pro viribus* et *cum viribus* (à propos des controverses soulevées en matière de succession bénéficiaire par l'idée de continuation de la personne, autre aspect de la doctrine du patrimoine personnalité).

DEUXIÈME PARTIE

LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE COMME TEL A CAUSE DE MORT N'EST-ELLE EXPLICABLE QUE PAR L'IDÉE DE CONTINUATION FAR L'HÉRITIER DE LA PERSONNE DU DE CUJUS? VALEUR DE CETTE IDÉE LOGIQUEMENT LIÉE A LA NOTION CLASSIQUE DU PATRIMOINE

CHAPITRE PREMIER

L'idée de continuation de la personne (1) — déduction logique de la doctrine classique du patrimoine — n'a pas l'utilité qui appartiendrait à un principe absolu, nécessaire, supérieur à toute législation.

La théorie de la continuation de la personne apparaît dans la conception de MM. Aubry et Rau comme une conséquence nécessaire de la notion même du patrimoine. Le patrimoine, en tant que tout, en tant qu'ensemble de droits réels et d'obligations est une dépendance de la personne. Ce qui relie les biens et les dettes c'est la personne de leur sujet. Pour transmettre l'universa-

(1) Nous n'avons pas la prétention dans une étude sur la notion du patrimoine — étude nécessairement synthétique — de présenter sous

lité patrimoniale, sans lui faire perdre sa cohésion, il faut admettre que la personnalité juridique de son premier titulaire ne disparaît pas, qu'elle passe à son héritier. Celui-ci continue la personne de *de cujus*. Cette survie de la personne permettrait donc seule de considérer encore après la mort de celui qui lui prêtait sa vie le patrimoine comme un composé complexe, dans lequel le passif est inséparable a l'actif; seule elle obligerait l'héritier à s'emparer non des objets de la succession pris individuellement, mais du patrimoine tout entier, valeurs

un jour nouveau les parties de notre sujet qui — c'est le cas pour la théorie de la continuation de la personne — ont formé la matière de travaux remarquables et tous récents. M. Jallu publiait en *1902* un « *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe des transmissions à titre universel* (*thèse pour le doctorat*) », ouvrage de droit rationel ; critique théorique et abstraite. Ce travail était repris en *1905* par M. Cazelles dans une thèse qui portait en titre : « *De l'idée de continuation de la personne comme principe des transmissions universelles* » sur un plan plus large et complété par des vues de droit positif et de jurisprudence. Presqu'en même temps le concept de continuation de la personne était vivement attaqué par M. le professeur J. Percerou, dans une série d'articles inspirés surtout des nécessités pratiques (*Revue trimestrielle* 1905, pp. 335 et s. ; 811 et s. : « *La liquidation du passif suceessoral en droit français* ; — *en droit comparé, spécialement en droit allemand* ; » — *Journal des faillites 1905*, pp. 415 et suiv. : « *Faillite et liquidation judiciaire après décès en droit français.* »

Nous ne pouvions — on nous en excusera — que faire de larges emprunts aux idées, parfois même aux plans d'exposition que nous présentaient ces trois ouvrages, et en tirer profit pour notre critique du lien étroit, j'allais dire de la confusion absolue qu'enseigne la doctrine classique entre les notions de « patrimoine et de « personnalité » — V. également : *La vie juridique du Français*, II. *L'Héritage*, par MM. Donnedieu de Vabres et Nast, pp. 184 et s.

négatives aussi bien que valeurs positives ; seule en un mot, elle maintiendrait les obligations contractées par le défunt.

Le maintien des dettes, tel devrait donc être l'effet logiquement nécessaire de l'idée de continuation de la personne. Ce résultat ne pourrait s'appliquer en dehors de cette théorie.

Or peut-on dire aujourd'hui que si l'on n'admettait point ce principe de la continuation de la personne les obligations du *de cujus* ne sauraient subsister ? Ce ne serait pas soutenable, Il est en effet, dans notre droit même, au moins un successeur qui ne continue pas la personne du mort : l'État, et quand l État succède, les obligations du défunt subsistent néanmoins. L'État recueille les successions en déshérence. Tout le monde admet qu'il n'est pas un continuateur de la personne, va-t-on décider pour autant qu'il s'enrichira des biens sans être tenu des dettes ? Dira-t-on qu'avec la personne qui en était l'essence, et qui ici n'a pas de continuateur, le patrimoine substance incorporelle a disparu; qu'il ne reste désormais que des objets sans liens entre eux et que l'État prenant ces objets, autrefois éléments d'un patrimoine, n'aura point à répondre sur eux des dettes qui grevaient ce dernier ? Personne ne l'a jamais soutenu. Il y a mieux, MM. Aubry et Rau (1), qui, avec la majorité de la doctrine refusent aux successeurs irréguliers la qualité de représentants de la personne, n'ont nullement la pensée de faire alors tomber les dettes du *de cujus*, disparaître ses créances ! De fait, une semblable idée serait complétement inadmissible. Ceux que l'on nomme des

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 639, note 23.

droits « personnels » ont depuis longtemps cessé de lieu la personne, ce qu'ils sont destinés à atteindre ce sont les biens. Les dettes sont dans le patrimoine du créancier la représentation des biens du débiteur qu'elles escomptent. Comme elles sont dans le patrimoine du créancier une valeur positive, elles sont dans le patrimoine du débiteur de *cujus* une valeur pécuniaire négative. La disparition du mort n'efface pas rétroactivement son existence. Son activité avait donné naissance à un ensemble complexe de valeurs actives et passives, réciproquement influencés les unes par les autres, que nous nommons d'un mot : patrimoine. Cet ensemble de droits ne saurait s'évanouir : les biens sur lesquels les dettes portent ont une existence objective indépendante de la personne de leur titulaire. Le successeur universel le recueillera tel qu'il est, avec les dettes qu'il renferme et ce, qu'il soit qualifié ou non de continuateur de la personne Nous voyons par là qu'en fait, l'intervention de la théorie de la continuation de la personne n'est plus nécessaire aujourd'hui pour assurer le maintien des obligations du *de cujus*. Ce maintien ne trouve donc point là son explication et sa justification unique. On sait s'en passer parfois, et l'on donne, par là, la meilleure preuve de son inutilité. Et puisque nous l'avons vu, la nécessité de recourir à l'idée de continuation de la personne était tirée par une rigoureuse déduction de la notion de patrimoine émanation de la personnalité, c'est cette conception même qui se trouve atteinte et dépouillée du caractère de vérité absolue et universelle qu'on lui faisait revêtir.

Poussons plus loin l'examen. L'idée de continuation de la personne jouerait-elle du moins un rôle dans l'attribution des dettes lorsque le défunt laisse plusieurs héritiers ?

Par qui et comment seront alors supportées les dettes qui forment le passif dans le patrimoine du défunt ? Chacun le sait. A cet égard, il faut distinguer deux questions. droit de ponrsuite et contribution aux dettes ; rapports des créanciers avec les héritiers, rapport des héritiers entre eux. On entend par « droit de poursuite, la quotité pour laquelle chaque héritier peut être poursuivi par les créanciers et par « contribution » la quotité pour laquelle chacun d'eux doit supporter définitivement les dettes. Si l'idée de patrimoine-personnalité devait montrer ici quelque conséquence ce serait, sans doute, en ce qui regarde la contribution.

Chaque héritier, dira-t-on, doit supporter les dettes pour une quotité proportionnelle à son droit héréditaire et cela parce que, pour cette part, il continue la personne du défunt. Sans nous arrêter à cette bizarre division de la personnalité (1), disons simplement que la répartition du fardeau de dettes entre les héritiers est une conséquence de la règle « *Concursu partes fuint* ». Si cette division se faisait instantanément et avant toute liquidation on pourrait peut-être la rattacher à l'idée de continuation de la personne. Il n'en est rien. La division des dettes pour la contribution ne se fait qu'après liquidation et dès lors se conçoit tout aussi bien lorsqu'il ne s'agit point de continuateurs de la personne. Que si l'on supose en effet un concours de continuateurs et de successeurs irréguliers, la répartition du passif se fera de même proportionnellement à la fraction d'universalité recueillie par chaque héritier N'est-il question que de successeurs aux biens, les dettes se réparti-

(1) Cf. Percerou, *op. cit.*, p. 578.

ront encore selon les mêmes principes ; chacun des successeurs recueillera une fraction d'universalité. Nous le voyons ce que l'on nomme « la succession irrégulière » par opposition à « la continuation de la personne » ne fait nul obstacle à ce que la division des dettes se fasse selon la fraction d'universalité que chaque cohéritier recueille. Cette contribution aux dettes n'est donc point une règle dont on doive faire honneur à la continuation de la personne.

Faut-il lui attribuer l'extinction des rapports qui existaient entre le défunt et son héritier ? Est-ce grâce à elle que les créances et les dettes qu'ils avaient l'un contre l'autre s'évanouissent lors du décès ?

Si ce résultat se produit, pourrait-on croire, c'est que l'héritier continuant la personnalité juridique du défunt se trouve réunir en une seule deux personnes distinctes la sienne et celle de son auteur. Ces deux personnes étaient respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, les deux qualités de créancier et de débiteur se trouvent aujourd'hui réunies dans la personnalité unique qui subsiste. L'obligation est donc éteinte par confusion.

En réalité les obligations qui existaient entre le défunt et l'héritier disparaissent, parce qu'il y a désormais impossibilité d'exercer ces droits. Cette impossibilité résulte non point de la continuation de la personne du *de cujus*, mais de ce que notre droit positif ne permet la distinction des deux patrimoines qui se trouvent, par le fait de la succession, réunis entre les mains du seul héritier, que dans deux cas bien déterminés : s'il y a eu bénéfice d'inventaire ou de séparation des patrimoines. Aussi, dès que, par suite d'acceptation bénéficiaire ou de séparation des patrimoines, ces deux patrimoines ne sont

plus réputés confondus, on admet le maintien de ces obligations. Et, ce qui prouve bien que l'idée de continuation de la personne ne joue là aucun rôle, l'extinction se produirait s'il s'agissait d'un successeur irrégulier débiteur ou créancier de son auteur, et qu'il n'ait pas été fait usage de l'un de ces bénéfices. Il y a mieux encore, l'extinction a lieu même dans l'hypothèse d'une succession à titre particulier, cas dans lequel l'on n'a certes jamais eu la pensée de faire intervenir la théorie de la continuité de la personne. Il en est ainsi pour le débiteur qui achète sa créance. Pourquoi ? Parce que la créance et la dette vont entrer toutes les deux dans son patrimoine et respectivement s'annuler. Cela confirme bien notre explication de l'extinction des dettes existantes entre *de cujus* et héritier : notre droit positif admet en principe et avant toute liquidation l'adjonction en bloc du patrimoine du défunt à celui de l'héritier pour n'en plus former qu'un ; dette et créance se trouvent dès lors réunis dans le même ensemble d'éléments envisagés sous le rapport de la valeur pécuniaire totale à laquelle ils se ramènent. Elles ne peuvent que se détruire réciproquement.

Le maintien des dettes du *de cujus* n'est point le résultat d'une continuation de la personne ; leur division entre les héritiers ne doit rien à cette idée. La confusion des dettes qui existaient entre le défunt et son futur héritier ne peut être attribuée à cette notion. Lui serons-nous du moins redevables de la conservation de la force des titres exécutoires contre le défunt ? Selon l'article 877 du Code civil : « les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement ; — et néanmoins les créanciers ne pourront en

poursuivre l'exécution que huit jours après la signification de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier ». Y a-t-il là une conséquence de l'idée de continuité de la personne ? On le pourrait croire au premier abord. Un titre exécutoire ne vise-t-il pas avant tout la personne ? Comment serait-il transmissible, pourrait-il valoir contre une personne autre ? Il faut nécessairement pour expliquer l'article 877, supposer que l'héritier continue la personne disparue.

Il est cependant un moyen de se rendre compte de l'exactitude de ces raisonnements. Si l'on admet que la disposition de l'article 877 s'applique aux successeurs irréguliers, lesquels dans la théorie classique ne sont justement point des continuateurs de la personne, on devra par là même admettre que cette règle n'est en rien déduite du principe de la continuation de la personne.

A en croire MM. Aubry et Rau (1), l'article 877 ne viserait que les héritiers proprement dits.

Le mot « personnellement », l'emploi du terme « héritier » l'indiqueraient suffisamment. Ils ajoutent — ce qui serait précisément à démontrer — que seul, celui qui continue la personne de son auteur peut être tenu de la même façon que lui.

D'après l'opinion la plus générale, cette disposition vise également tous les successeurs, continuateurs ou non (2). L'argument tiré du mot « personnellement » est sans

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 314.

(2) Cf. Demolombe, XVII. n° 55. Vavasseur, *Rev. prat.*, XXX, 1870, p. 177 ; Le Sellyer, Comm. hist. et pratique sur le titre des successions. Paris, 1892, III. n° 1670. — A. Wahl (dans Baudry-Lacantinerie) : *Des successions*, t. III, (3e édit. 1905), n° 3089.

valeur. Il suffit de lire le texte pour s'en convaincre. Cette expression n'a pour but que de renforcer le sens, de bien montrer qu'il s'agit non plus du défunt mais de l'héritier lui-même. Bien plus, l'article 877 semble dire que non seulement les titres conserveraient leur force exécutoire contre l'héritier continuateur de la personne du défunt, mais acquerraient une force nouvelle contre « l'héritier personnellement ». Quant au terme « héritier », chacun sait qu'il n'a point dans le code, une signification technique.

Il n'y a donc point de différence à faire entre continuateurs de la personne et successeurs irréguliers. Nous devions nécessairement aboutir là. Ainsi que le dit fort bien M. Percerou (1): « La force exécutoire n'est guère en somme qu'une qualité particulière de l'obligation, comme une rigueur spéciale dont elle est investie et dès lors puisque, même dans le système de la succession aux biens, l'obligation doit survivre au débiteur, il est naturel aussi dans ce système qu'elle subsiste avec tous ses attributs et notamment avec sa force exécutoire ». A l'idée de succession à la personne, on ne peut encore ici, attribuer cette utile solution.

La théorie de la survie ne joue également aucun rôle dans la détermination des tiers, — de ceux qui, en présence d'actes non publiés dans lesquels ils ne sont pas parties, mais qui portent atteinte à leurs droits, pourront refuser de se laisser opposer ces actes, — et des ayants cause, — de ceux qui doivent subir ces mêmes actes malgré leur imperfection.

En réalité, si les ayants cause universels doivent res-

(1) Percerou, *op. cit.*, p. 574.

pecter tous les actes de leur auteur, ce n'est point du tout parce qu'ils sont sa personne même continuée, c'est tout simplement par ce fait même qu'ils sont des successeurs universels et qu'en cette qualité, nous l'avons établi, ils succèdent à tous les droits et supportent toutes les obligations du *de cujus*. En veut-on une démonstration ? Ce sera toujours la même : Un successeur irrégulier, un de ces héritiers qui d'après la doctrine classique elle-même, ne succèdent pas à la personne, le conjoint survivant par exemple, ne pourrait pas davantage, en pareil cas, se prévaloir de la qualité de tiers et dire qu'il n'a pas été partie au contrat. Recueillant l'ensemble des biens du défunt, il succède à l'obligation de garantie qu'avait contractée celui-ci.

Nous en avons donc la preuve péremptoire, la continuation de la personne est un criterium non seulement inutile mais encore insuffisant pour la détermination des tiers.

Il est, du reste, formellement contredit par ce qui se passe lors des transmissions d'universalité entre vifs. Nous avons déjà rencontré ces transmissions lorsque nous avons étudié l'inaliénabilité du patrimoine entre vifs. Tout le monde admet que le donataire n'est point en pareil cas continuateur de la personne de son auteur. Supposons que parmi les biens faisant l'objet de la donation se trouve un droit auparavant cédé par le donateur à un tiers dans un contrat non enregistré. Le donataire va-t-il pouvoir invoquer l'article 1328, se basant sur ce qu'il est un tiers puisqu'il ne continue pas la personne du donateur. Point ! le donataire a reçu une universalité composée de droits actifs et passifs. Il est tenu de toutes les obligations qu'elle renferme.

Il en sera encore ainsi à l'égard de ventes de ses immeubles propres consenties par le mari en ce qui concerne la femme qui accepte la communauté. L'obligation de garantie contractée par le mari tombe en communauté. La femme qui accepte la communauté ne peut plus être considérée comme un tiers. Certes, elle n'a cependant jamais été regardée comme continuatrice de la personne de son mari. Si on la traite comme partie à l'acte, c'est que la communauté est une universalité de biens de créances et de dettes que la femme recueille par moitié. Elle a donc sa part (1) de toutes les obligations qui y entrent à titre d'éléments.

En droit français, l'héritier peut invoquer à son profit la possession du *de cujus*, la joindre à la sienne propre. Il n'a pas besoin d'avoir possédé lui-même tout le temps requis. Ce droit d'invoquer le temps de possession accompli par le *de cujus* n'existe-t-il que parce qu'il y a continuation de la personne ? Pour le savoir, suivons toujours la même méthode ; cherchons à apprendre si cette jonction de possession ne se produirait pas aussi bien pour les successeurs irréguliers. S'il en est ainsi l'inutilité en ce cas de l'intervention de la théorie et de la continuation de la personne sera par là même prouvée.

Distinguons différents cas,

Le défunt, supposons-le, a possédé une année entière puis il a été spolié. Sans avoir agi, il est mort, alors

(1) La question de savoir si l'obligation de garantie est indivisible ou non, si la femme doit la garantie pour le tout ou seulement pour moitié est controversée. — Son obligation est généralement considérée comme indivisible. Cf. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. III, 4e édit, nº 1051, p. 109.

qu'un an ne s'était point encore écoulé depuis le trouble. L'héritier peut évidemment agir à sa place avant l'expiration du délai annuel, car le défunt avait, de son vivant, acquis un droit à la protection de sa possession. Ce droit fait partie de son patrimoine. Il sera avec lui dévolu au successeur. L'héritier pourra agir, qu'il soit continuateur ou non.

Changeons l'hypothèse. Le *de cujus* n'avait, au moment de son décès, qu'une possession de quelques mois. Paisiblement l'héritier complète sa possession. Dans la suite il est spolié. A coup sûr il a droit d'agir, alors même que sa possessionpersonnelle daterait de moins d'un an. Cela sera aussi vrai pour les « héritiers » que pour les « successeurs irréguliers » car il n'en saurait être autrement de l'ayant cause à titre particulier lui-même ; celui-ci joindrait en ce cas à sa possession celle de son auteur.

Prenons une troisième espèce. Le défunt a possédé le temps nécessaire pour acquérir un droit à la protection possessoire. Aussitôt après sa mort un tiers s'empare de l'immeuble et commence une possession nouvelle. L'héritier aura-t-il l'action possessoire ? Il ne peut l'avoir, a-t-on dit, sans le secours de la continuation de la personne ; les successeurs irréguliers en sont privés. Quelques auteurs (1) ont, en effet, soutenu que les successeurs irréguliers ne pouvaient succéder à la possession qu'à partir de l'envoi en possession. Dans notre hypothèse cette succession n'aurait pu avoir lieu, la possession ayant cessé avant cet envoi. Nous ne croyons point cette

(1) Marcadé, t. III, art. 724-403, Du *Traité de Droit civil*; Duvergier sur Toullier, n° 82, note 2, *Traité de Droit civil*.

opinion admissible aujourd'hui. Au bout d'un an, le fait de la possession a créé un droit à la protection légale. Ce droit comme tous les autres fait partie du patrimoine, de la masse héréditaire. Tout successeur, continuateur ou non, le recueillera. Bien plus la même jonction s'opère, entre un ayant-cause à titre particulier et son auteur. C'est l'article 2.235 qui nous l'apprend « Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel, soit à titre particulier soit à titre lucratif ou onéreux. » De fait, si l'auteur ne peut pas transmettre à son ayant cause plus de droits qu'il n'en a, il peut lui transmettre en entier le droit qui lui appartient ; droit de propriété s'il est propriétaire, droits attachés à la possession s'il est possesseur.

La notion de continuation de la personne est donc superflue soit pour expliquer la jonction de la possession du défunt et de celle de l'héritier, soit pour permettre à celui-ci d'invoquer le temps de possession de son auteur. « Ces solutions utiles trouvent une base solide indépendamment de toute fiction de continuation de la personnalité dans l'idée que la possession étant aujourd'hui non plus un simple fait, mais un droit ou plutôt un fait générateur de droit, ce dernier se transmet *de plano* à tous les successeurs du défunt, qu'ils succèdent aux biens ou à la personne ».

(1) Percerou, *loc. cit.* p. 574.

CHAPITRE II

Domaine du principe de continuation de la personne dans les textes du Code. — Critique des solutions formellement consacrées par la loi. — L'adoption par le droit positif de quelques-unes des conséquences de l'idée de continuation de la personne oblige-t elle l'interprète à prendre ce principe comme base de ses recherches ?

Le principe de la continuation de la personne n'a pas les effets qu'il devrait nécessairement avoir s'il était un principe absolu et l'indispensable corollaire de la vraie notion du patrimoine. Tout ce qui devrait nécessairement découler de lui, ce qui faisait sa raison d'être dans la théorie classique du patrimoine peut s'expliquer sans lui dans notre droit. Cela nous montre que la notion du patrimoine-personnalité, dont il n'est qu'un des aspects, n'a pas toute la valeur qu'on lui attribue.

Ce concept n'a pas l'utilité qui serait la sienne, s'il ne rattachait nécessairement à une définition du patrimoine indiscutable, cela ne veut point dire qu'il ne joue aucun rôle. Et d'abord l'idée de continuation de la personne a dans le Code son domaine — plus restrient qu'on ne se l'imagine souvent, — mais réel cependant. De plus, par cela même, que beaucoup ont voulu voir en elle un principe fondamental, on l'a fait intervenir

dans les questions controversées en matière de transmissions universelles à cause de mort. Trop souvent un respect exagéré accordé *a priori* à la théorie de la continuation de la personne a conduit au triomphe des solutions les plus regrettables au point de vue pratique.

Nous examinerons tour à tour et la mesure dans laquelle elle a reçu la consécration législative et les exagérations auxquelles a parfois prêté cette idée.

§ 1. — Les héritiers légitimes sont tenus des dettes du défunt indéfiniment. La chose ne fait point doute dans l'état actuel de la législation. Elle est incontestable (1). C'est la solution constamment suivie depuis l'antiquité romaine. Cette obligation *ultra vires* se trouve maintenue par les articles 724 et 873 et surtout par l'existence même du bénéfice d'inventaire qui n'a pour but que de remédier à ses inconvénients. L'héritier devient débiteur personnel à la place du défunt et il est tenu comme celui-ci, sur tous ses biens présents et à venir. C'est l'idée de continuation de la personne qui domine ici. Il y a, on peut le dire, succession à la personne. Tout se passe comme si le défunt vivait, ou, plutôt comme si l'héritier était le débiteur originaire. L'héritier est tenu des dettes comme s'il les avait personnellement contractées. L'abandon de l'actif héréditaire aux créanciers du *de cujus* ne le libérerait pas de cette obligation personnelle qui porte

(1) Planiol. III (4e édit.) nº 2087. — Wahl (dans Baudry, *traité...*) *Successions*, t. III (3e édit.) nº 3025 et t. I, nº 155. M. Wahl rattache l'obligation *ultra vires*, à la saisine, mais d'autre part la doctrine classique explique la saisine par la continuation de la personne ou plus souvent confond les deux idées. Sur cette controverse, qui sortirait de notre cadre: Vº Planiol (4e éd.) t. III, nºs 1939 à 1942.

aussi bien sur sa fortune propre que sur la consistance de l'héridité (1).

Si le droit français fait ici une application indéniable du concept de la continuation de la personne, la solution qu'il édicte ne laisse pas d'être critiquable au point de vue législatif. Dans cette question de l'obligation aux dettes, il s'agit en somme d'arriver, dans l'intérêt supérieur du crédit, à départager les intérêts opposés des créanciers et de l'héritier. La solution légale n'en satisfait aucun. Elle est pleine de périls et pour l'appelé et pour les créanciers. Pour le successible, il est exposé à supporter sur ses biens propres des dettes qui, dans la réalité, ne sont pas les siennes. Il perdra souvent tous ses biens pour avoir imprudemment fait acte d'héritier. Quant aux créanciers, il pourra arriver qu'ils ne soient point entièrement payés bien que la succession soit solvable. Il suffira pour cela que celui qui la recueille soit personnellement insolvable. L'obligation *ultra vires* suppose en effet la confusion du patrimoine du *de cujus* avec celui de l'héritier. Il n'y a plus qu'une personne. Il ne saurait plus, d'après la doctrine classique, y avoir qu'un patrimoine : créanciers héréditaires et créanciers personnels viendront donc en concours.

Cette absorption des biens de la succession par les créanciers de l'héritier sera il est vrai évité par le privilège de séparation des patrimoines. D'autre part le béné-

(1) Cf. de Loynes, note dans D. 94. 1. 5 : «... Le législateur admet ... que le patrimoine du défunt est entré par l'effet d'une acceptation pure et simple dans le patrimoine de l'héritier que, par cette réunion, ces deux patrimoines vont former *un patrimoine unique* correspondant à l'*unité de la personne* du propriétaire.

fice d'inventaire viendra au recours de l'héritier, protégera son patrimoine personnel. Mais ces institutions ne sont que des palliatifs. Sur beaucoup de points, elles aboutissent, nous le montrerons, à des résultats peu équitables. La nécessité d'une déclaration au greffe causera dans la pratique des surprises. On sait combien la jurisprudence se montre facile lorsqu'on vient à prétendre qu'il y a eu acte d'héritier.

L'admission franche de la succession aux biens, de l'obligation *intra vires* nous semblerait, somme toute, préférable à l'obligation *ultra vires*, à la continuation de la personne tempérée par ses deux correctifs insuffisants : bénéfice d'inventaire et séparation des patrimoines. Mettons en effet les divers intérêts en présence.

Celui des créanciers est évidemment d'obtenir leur payement intégral. Jusqu'à quel point cet intérêt mérite-t-il protection juridique ?

La loi ne doit leur donner que ce sur quoi ils pouvaient légitimement compter. La situation des créanciers ne doit point se trouver améliorée par la mort de leur débiteur. C'est la valeur active du patrimoine du *de cujus* qui formait leur gage. C'est à raison de cette valeur qu'ils ont prêté, c'est sur cette masse de biens que, selon leurs calculs, ils croyaient pouvoir être exactement payés. Il suffit donc que la loi leur accorde ce qui leur aurait été attribué par une saisie collective des biens de leur débiteur ; qu'elle permette de liquider entre les créanciers au prorata de leur créance la valeur active du patrimoine du défunt.

Quant à l'héritier, il a intérêt à échapper aux réclamations des créanciers. Cet intérêt est légitime : car le successible ne doit point subir les conséquences des fautes

ou des imprudences du défunt. Mais cet intérêt changerait de caractère si l'héritier prétendait recueillir les biens héréditaires francs des dettes qui les grèvent. Car le patrimoine du *de cujus* forme un tout dont le passif a pour contre-partie l'actif. Cet actif répond des dettes. Les biens héréditaires sont frappés par les droits que les créanciers du *de cujus* avaient sur son patrimoine. L'héritier ne pourra s'enrichir de ceux-ci que soustraction faite du passif qui les grève. *Non sunt bona nisi deducto ære alieno*.

Nous arrivons bien à cette conclusion : d'une part l'héritier doit satisfaire les créanciers de la succession jusqu'à concurrence de la valeur du patrimoine du défunt. De l'autre cette valeur active répond seule des dettes.

Tant que le patrimoine héréditaire et celui du successible sont distincts, l'héritier ne devrait être tenu *qu'intra vires successionis*. Tant qu'il serait possible d'établir respectivement la consistance de ces deux patrimoines, — et ce par toute preuve normale et sans nécessairement exiger un inventaire, — la limitation de l'obligation de l'appelé à la valeur des biens de la succestion devrait être admise. C'est à tort que notre loi, lorsqu'il s'agit d'héritiers légitimes, présume la confusion des deux patrimoines,quand on n'a pas recouru aux bénéfices d'inventaires ou de séparation des patrimoines. C'est seulement lorsque par sa faute ou sa négligence il devient impossible d'établir la valeur active de l'héritage, que l'héritier serait responsable des dettes héréditaires intégralement et *ultra vires*, tant à titre de dommages et intérêts vis-à-vis des créanciers que par ce qu'il se trouve dans l'impossibilité de faire une preuve qui juridiquement lui incombe

§ 2. — La division des dettes en parts contributoires

proportionnelles aux parts héréditaires ne doit rien, nous l'avons vu, à l'idée de continuation de la personne. Il en est tout différemment du droit de poursuite des créanciers. Le concept de continuation a marqué ici son empreinte et va souvent modifier l'égalité qui serait normalement le résultat des règles adoptées en matière de contribution. En effet, si l'on adopte la notion de succession à la personne, on doit regarder chaque héritier comme continuateur du défunt pour partie, proportionnellement à la part héréditaire qui lui est dévolue dans la succession. Cette division du droit de poursuite, c'est le remplacement d'une obligation unique par un nombre d'obligations égal au nombre des personnes entre lesquels s'est partagé la personnalité liée par l'obligation originaire. Chacune de ces obligations est susceptible d'une exécution séparée.

Il est aisé d'apercevoir combien sont critiquables en législation ces applications de l'idée de continuation de la personne. Chaque héritier, dans la mesure de sa vocation héréditaire, est certes tenu *ultra vires* mais seulement de sa portion de dettes. De plein droit et immédiatement il est tenu sur tout son patrimoine d'une part du passif proportionnelle à la portion pour laquelle il continue la personne du défunt. Et à la différence de la quotité, il peut être poursuivi aussitôt et sur tous ses biens comme aurait pu l'être le *de cujus* lui-même. On ne déduit point le passif de l'actif afin de ne partager entre les héritiers que l'excédent d'actif. Ce serait leur faire suporter en définitive un part du passif proportionnelle à celle qui leur est attribuée dans l'actif. Non ! Il n'en est pas ainsi. Par le seul fait du décès le créancier a désormais plusieurs débiteurs au lieu de son unique

débiteur décédé. Son droit est fractionné. Et voilà maintenant en quoi cette solution peut produire des résultats peu équitables. Dès qu'un héritier a payé sa part de dettes il est définitivement libéré. Lors donc, que l'insolvabilité d'un cohéritier laisserait le créancier à découvert pour une part de sa créance originaire (1), cet héritier qui peut-être détient encore à titre de gain quelque chose de l'actif successoral, du gage des créanciers, ne pourra être poursuivi. Il conservera de bénéfice. Le créancier ne pourra rien lui réclamer de ces biens du *de cujus*, de ces biens sur lesquels pourtant portait son droit. L'héritier a payé sa portion du passif : il est libéré.

Ce principe de la division des dettes produit des conséquences fort choquantes lorsqu'il y a lieu à l'exercice d'un rapport en moins prenant. Supposons qu'un père laisse à sa mort quatre enfants. Chaque enfant ne devra que le quart de chacune des dettes et ce parce qu'il ne continue la personne que pour un quart. L'un des enfants, par l'effet d'un rapport en moins prenant ne touchera rien de la succession. Il est insolvable. Pour le quart de la dette dont il devient seul débiteur les créanciers ne pourront obtenir leur payement. Ils n'auront droit d'exiger qu'un quart du passif des trois autres héritiers qui détiennent un tiers de l'actif, leur gage !.

MM, Aubry et Rau, loin d'étendre ici le domaine de

(1) Wahl (dans Baudry : *Traité*) *Succ*, III, § 3039, p. 427. Même solution : Demolombe, XVII, n° 22; Aubry et Rau, VI, p. 672, § 636, n. 12. Laurent, XI, n° 64 ; Huc, V, n° 396. Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. II, p. 294, décrivaient déjà en termes éloquents les effets déplorables de la division du droit de poursuite des créanciers.

l'idée de continuation dela personne, comme devrait logiquement les y conduire leur théorie sont les premiers à apporter une restriction à la règle de division immédiate du passif. « L'indivisibilité de la saisine héréditaire ne cessant que par l'effet du partage — expliquent-ils — il en résulte que, malgré la division légale entre les héritiers des dettes de la succession, l'intégralité de chacune des dettes reste, tant que le partage n'a pas été effectué, garantie par la totalité des biens héréditaires, ou en d'autres termes que le droit de gage dont les créanciers du défunt jouissaient de son vivant continue même après son décès et jusqu'au partage de subsister d'une manière indivisible sur l'hérédité toute entière » (1).

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 258 § 383 et note 8. M. La Fontaine, *Revue critique*, 1856, XV, p. 335 et s., va même jusqu'à soutenir qu'il en est encore ainsi après le partage consommé. Cette opinion se heurte nous le verrons aux textes formels de la loi.

MM. Aubry et Rau repoussent le système de M. La Fontaine : « Le partage qui rend chaque héritier propriétaire exclusif des objets tombés dans son lot désagrège ainsi les éléments dont se composait l'hérédité, ce qui ne permet plus de la considérer comme constituant une université de droit et comme formant à ce titre, le gage des créanciers de la succession. Le partage une fois opéré, ces derniers se trouvent dans l'impossibilité de poursuivre les biens héréditaires COMME TELS, ils ne peuvent plus les atteindre que comme éléments des patrimoines des divers héritiers et dans la mesure de l'action personnelle ouverte contre chacun d'eux. » L'article 1220 retrouve alors son application. (Aubry et Rau, *loc. cit.*, § 583, note 8).

Ce passage nous montre MM. Aubry et Rau esquissant — peut-être sans s'en douter — une théorie du patrimoine très différente de celle qu'ils enseignent. Qu'est-ce donc que « poursuivre *les biens héréditaires comme tels* » sans passer par une « action personnelle » sinon poursuivre un patrimoine indépendant de toute personnalité. Et c'est ce à quoi même nécessairement — nous le verrons — l'idée moderne

Cette opinion semble conforme et à la notion de transmission universelle et à l'idée moderne d'obligation, droit sur l'ensemble des biens du débiteur. Aucune disposition de la loi n'interdit ici à l'interprète d'accorder aux créanciers un droit de poursuite sur la masse de la succession non encore liquidée (1).

Toutefois, adopter ce maintien jusqu'au partage du patrimoine du défunt, tel qu'il se comportait à sa mort c'est, il faut bien le reconnaitre, abandonner inconsciemment la notion classique du patrimoine, cette notion que l'on présente d'autre part comme rationnellement nécessaire et supérieure à la loi même. Le patrimoine du *de cujus* va lui survivre. L'hérédité formera un patrimoine distinct. Et ce patrimoine, gage indivisible des créanciers pourra subsister sans emprunter son existence à une personne. Les personnes peuvent seules avoir un

d'obligation non plus droit personnel, lien entre personnes mais droit réel portant, non sur un objet déterminé, mais sur la valeur active du patrimoine.

(1) Reconnaissent aux créanciers le droit de poursuivre jusqu'au partage la totalité des biens héréditaires à côté de MM. Aubry et Rau : Demante, III, n. 210 *bis*, II et III et n. 222 *bis* II ; — Laurent, IX, n. 10 ; de Loynes dans une note au Dalloz, 94. 1. 5 et Tissier, note dans le Sirey, 94. 1. 179. — Wahl (traité Baudry) : *Succ.*, III (3e éd.) p. 429, nº 3044.

La jurisprudence n'est pas extrêmement abondante sur la question. Un arrêt de Caen repousse notre opinion (Caen, 13 nov. 1844. 5. 46. 2. 31) mais il vise principalement le partage de la communauté. Un arrêt de Cassation plus récent paraît, dans ses motifs, admettre implicitement la théorie proposée par MM. Aubry et Rau. Il prend, en effet soin de constater que les créanciers n'avaient pas fait de poursuites sur de la masse de la succession. Il indique ainsi que son dispositif aurait été autre en ce cas. (Cass. 10 juillet, 1893. S. 94. 1. 179. D. 94. 1.5).

patrimoine a-t-on dit (1). Et voila que le défunt est mort, que sa personne n'est plus et que son patrimoine continue à former un tout. Il y a plusieurs héritiers, plusieurs personnalités distinctes qui continuent la personnalité unique du *de cujus* et le patrimoine-hérédité garde son unité sans être absorbé ni en tout ni en partie par l'un quelconque des patrimoines des successibles.

La conception du patrimoine émanation de la personnalité se trouve donc singulièrement infirmée par la théorie de l'indivisibilité de la saisine. Justifier cette indivisibilité de la saisine par la nature juridique de l'hérédité qui, comme objet du droit de succession est aussi indivisible que le patrimoine d'une personne vivante, c'est cesser de voir dans l'idée de personnalité le seul élément de cohésion du patrimoine, c'est avouer que ce nom de patrimoine, désigne en somme toute masse de biens, de droits actifs et passifs, liés entre eux et réunis de façon à ne former qu'un tout, non point par la personnalité, attribut métaphysique de l'homme, mais par une même destination économique par une affectation commune à un groupe de créanciers (2).

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 231 § 573.

(2) M. Percerou (*op. cit.*, p. 579), ne repousse la solution de MM. Aubry et Rau que comme contraire à l'idée de continuation de la personne. Encore faudrait-il prouver que le principe de la continuation de la personne a été placé à la base de notre système successoral français. Le législateur a admis l'obligation *ultra vires* de l'heritier et décidé que chaque héritier ne serait ainsi tenu personnellement que pour une part de chacune des dettes proportionnelle à la portion d'actif qu'il est appelé à recueillir. On ne peut partir de là pour repousser *a priori* toute solution qui peut paraître contraire à une déduction quelconque du postulat de continuation de la per-

Après le partage chacun des cohéritiers n'est tenu que dans la proportion de la part pour laquelle, appelé à la succession, il représente le défunt. L'idée de continuation si la personne le veut ainsi. Et voici que les créanciers pourront être frustrés d'une partie de leurs créances, alors que les biens de leur débiteur auraient peut-être pu suffire à les désintéresser. « L'insolvabilité de l'un ou l'autre des cohéritiers n'apporte .. aucune modification à ce principe ; malgré cette circonstance, les cohéritiers solvables ne peuvent être poursuivis que pour le payement de leur part héréditaire. » En ce qui regarde la période postérieure au partage il paraît impossible, en droit positif, d'éviter cette solution. MM. Aubry et Rau ne l'essaient pas.

En effet l'idée traditionnelle de continuation de la personne a été consacrée ici par le Code. Elle veut qu'au regard des créanciers de l'hérédité tout cohéritier ne soit tenu de chacune des dettes et charges qui la grèvent que dans la proportion de la part pour laquelle il continue la personne du défunt (1) (articles 873 et 1220). Le fait

sonne. Dans ce qui n'est pas décidé par la loi, l'interprète doit s'inspirer de la libre recherche scientifique, choisir la solution qui concilie le mieux les intérêts en cause, qui satisfait davantage le but de l'institution juridique et lui donne sa pleine valeur. Or l'article 1220 ne fait pas obstacle à ce maintien jusqu'au partage des droits et actions du défunt comme universalité patrimoniale. Ainsi que l'explique MM. Aubry et Rau: « La division des dettes qui s'opère de plein droit entre les héritiers n'agit que sur l'action personnelle à diriger contre ces derniers ». Il n'y a rien là qui empêche d'admettre que « l'actif héréditaire continue de former, d'une manière indivisible le gage des créanciers tant que le partage n'a pas été effectué. »

(1) Aubry et Rau, VI, § 636, p. 672. Cf. Demolombe, XVIII, 22. Comme le fait spirituellement remarquer M. Percerou (*op. cit.*) cette division

que l'un des héritiers aurait été chargé, soit par le titre constitutif de la dette, soit par un titre postérieur, d'en acquitter la totalité n'apporterait aucun changement au droit des créanciers de poursuivre pour sa portion dans les dettes chacun des cohéritiers. Il en serait de même d'une clause du partage qui aurait modifié la division légale. Dans tous ces cas, les créanciers n'en conservent pas moins le droit de poursuivre chaque héritier en payement de sa part héréditaire des dettes sans distinction, car, dans cette proportion, les héritiers représentent la personne du défunt elle-même (1).

La division des dettes se retrouve dans toute sa défectuosité en cas de bénéfice d'inventaire. Nous aurons l'occasion de montrer que rien n'oblige à faire de la continuation de la personne un principe essentiel pour l'interprétation des problèmes que soulève le bénéfice d'inventaire, nous n'en devons pas moins admettre cette idée dans la mesure pour laquelle le Code l'a adoptée. Il est bien certain que même en cas de bénéfice d'inventaire chaque héritier n'est responsable des dettes que pour sa part proportionnelle. Lorsqu'il l'a payée il est complètement libéré. Si donc, par suite de l'insolvabilité d'un

de la personnalité en quotes-parts est on ne peut plus bizarre. Raison de plus pour critiquer du point de vue rational, ce vieux concept de la continuation de la personne et par là, la notion de patrimoine, émanation de la personnalité qui est obligé de chercher en lui son soutien, de recourir à son appui pour expliquer le maintien des obligations au décès d'un des contractants et les transmissions universelles à cause de mort.

(1) Aubry et Rau : *loc. cit.*, p. 668. Wahl (Baudry-Lacantinerie, *Traité...*) *Success.* III, n° 3050, p. 435. Cass. req. 27 nov. 1893. S. 94. 1. 407 ; D. 94. 1. 438.

autre héritier, un créancier héréditaire se trouve à découvert d'une partie de sa créance il n'a point de recours contre l'héritier bénéficiaire lors même qu'il resterait encore à celui-ci, après avoir payé sa part de dettes, quelque chose de l'actif successoral à titre de bénéfice.

La séparation des patrimoines n'entraîne point aujourd'hui l'indivisibilité du passif héréditaire (1). Sans doute,

(1) Certains auteurs ont pensé qu'il était encore possible dans notre droit de considérer la séparation des patrimoines comme apportant un empêchement absolu à la division des dettes. Ils s'appuient surtout sur le but même de l'institution, sur ce que l'hérédité forme une universalité juridique, ce qui, en somme, est l'idée d'un patrimoine distinct et impersonnel. (Cf. Demolombe, *Traité des Successions*, t. V, n° 132 et n° 211 et s., au moins s'il s'agit d'éviter les inconvénients résultant du rapport en moins prenant; Demante, t. III, n° 222 *bis*, II; Laurent, X, 320. Cass., 15 juil. 1891 (S. 91, I, 409) motifs.) Cette opinion se prévaut également des art. 878 et 879. Une jurisprudence considérable se prononce en sens contraire : Cass., 9 juin 1857, S. 57. 1. 465... Cass. civ., 10 juillet 1893, S. 94. 1. 177. Troplong, *Traités des priv. et hypoth.*, I, n. 323; Demolombe, XVII, n° 221; Aubry et Rau, VI, p. 502, § 619, note 68 et p. 673, § 636, note 14; Tissier, note S. 94. 1. 117; de Loynes, note D. 94. 1. 5; Planiol, III, n° 2184, Wahl (*traité Baudry*), *Succ.*, t. III (3e édit.), p. 546, n° 3 201, suivent cette doctrine qu'on ne peut plus repousser aujourd'hui. Le droit coutumier et l'autorité des auteurs ont fait de la divisibilité du passif héréditaire même en cas de séparation des patrimoines, une règle de notre législation française. A cette règle, les art. 873 et 1220 donnent une base solide. Il est permis néanmoins de se demander si la théorie du patrimoine émanation de la personnalité n'a pas éloigné ici d'une solution d'inconvénients moindres et cependant compatible avec les textes. Que si l'on objecte en effet à MM. Aubry et Rau que « le droit de gage dont jouissent les créanciers sur les biens de leur débiteur, est de nature indivisible et que la séparation des patrimoines, en faisant revivre ce droit, s'oppose, soit à la division des dettes entre les héritiers, soit du moins à la division du gage qui doit en garantir le paie-

il est permis aux créanciers malgré la division immédiate des dettes de poursuivre la totalité de leurs créances sur la totalité des biens héréditaires tant que ces derniers sont encore indivis. Sans doute, le patrimoine héréditaire ne se divise pas de plein droit et reste, tant que la répartition de l'actif ne s'est pas effectuée, entièrement soumis au gage des créanciers. Nous admettons cette solution alors même que la séparation des patrimoines n'aurait pas été invoquée, elle s'applique *a fortiori* ici (1). Il n'en faut pas moins reconnaître qu'après le partage, la division des dettes (art. 873 et 1.220 C. civ.) entre les différents continuateurs de la personne, produira tous ses inconvénients sans que la séparation des patrimoines puisse y remédier. Le créancier ne pourra invoquer ce bénéfice contre chaque héritier que pour un tiers de la dette, si cet héritier continue la personne du défunt pour un tiers par exemple. Si donc, l'héritier, après avoir acquitté le passif qu'il doit comme continuateur partiel de la personna-

ment » (ce qui n'est en somme que la théorie du maintien par la séparation, du patrimoine du défunt comme patrimoine indépendant et impersonnel dans l'intérêt des créanciers). MM. Aubry et Rau ne manquent point de répondre (note 68 précitée) que « ce droit de gage qui ne frappe le *patrimoine que par l'intermédiaire de la personne* ne peut être exercé qu'au moyen de l'action *personnelle* et dans les limites de cette action. Or — ajoutent-ils — les actions *personnelles* auxquelles le défunt se trouvait soumis, se divisent de plein droit entre ses héritiers ; chacun d'eux ne peut donc être poursuivi *dans sa personne et par conséquent aussi sur les objets héréditaires* qui lui sont échus en partage que pour sa part et portion ».

(1) L'arrêt précité de 1893 ne paraît pas repousser cette idée. Il prend soin de préciser qu'aucune saisie des biens héréditaires, encore indivis, n'avait été faite par les créanciers. Cf. Aubry et Rau, VI, p. 258, § 583, et en général notre note 1, p. 173.

lité divisée du défunt, détient encore quelque chose de l'actif à titre de gain, il ne pourra cependant être pour suivi sur ce bénéfice pour la portion du passif dont un cohéritier demeurerait responsable sans pouvoir la payer.

La séparation des patrimoines ne fournit pas davantage, et ce à cause de la succession au patrimoine-personne et non au patrimoine-biens, le moyen d'éviter les effets peu équitables, à l'égard des créanciers, des rapports en moins prenant (1).

L'insolvabilité de l'un des successibles est également susceptible de produire quelque inégalité entre cohéritiers. Dans la notion classique, le patrimoine du *de cujus* ne peut subsister après sa mort : Il disparaît. La personnalité du défunt était le seul et indispensable lien d'unité entre ses éléments. L'actif de la succession se divise de plein droit. Chaque part s'incorpore au patrimoine propre de l'un des héritiers et fait dès lors partie du gage des créanciers personnels. Que l'un des héritiers soit en même temps débiteur du défunt, la créance va se diviser elle aussi. Pour une part proportionnelle à celle que cet héri-

(1) Si de quatre héritiers en ligne directe, l'un ne touche rien par suite d'un rapport en moins prenant, le créancier ne pourra contre chacun des trois autres, invoquer la séparation que jusqu'a concurrence du quart du passif, alors qu'en fait chacun d'eux détient un tiers de l'actif. Pour un quart de la dette, aucune séparation de patrimoines ne sera invocable. Voir particulièrement là-dessus : Note de Loynes au D. 1894. 1. 5, et Tissier au Sirey, 94. I. 117. Aubry et Rau, VI, p. 503, § 619, note 69. Wahl (*loc. cit.*, n° 3023). — Autre inconvénient fâcheux de la solution qui a triomphé, d'après Wahl (*loc. cit.*, n° 3203) : Si l'un des héritiers se rend sur licitation acquéreur de tous les biens héréditaires, il n'est tenu des dettes que pour sa part et d'un autre côté la séparation des patrimoines est éteinte contre ses cohéritiers qui ont aliéné leurs droits dans ces biens.

tier prend dans l'hérédité, elle s'éteindra par confusion. Quant aux portions à eux échéant, les autres héritiers ne pourront que poursuivre leur payement sur les biens de leur débiteur, sans distinction entre ses biens propres et ceux qu'il recueille. S'il est insolvable, ils subiront la loi du dividende et viendront au marc le franc avec ses créanciers personnels. La loi rétablit ici l'égalité entre cohéritiers au moyen de la théorie du rapport de dettes. On sait en effet que la jurisprudence accorde, en pareil cas, aux cohéritiers du débiteur un véritable droit de préférence contre les autres créanciers même hypothécaires (1) de celui-ci. Ils se remplissent de leurs droits au moyen d'un prélèvement fait lors du partage en prenant sur les biens héréditaires une valeur égale à celle qui leur reviendrait si leur cohéritier débiteur payait à chacun d'eux sa part. Puis tous se partageront le surplus et les créanciers de celui qui devait le rapport n'auront de droits que sur la part de celui-là.

(1) Planiol, III (4e édit.), p. 505, nº 2310. Waht (*Baudry*) III, nº 3002, p. 403. La jurisprudence est fixée en ce sens. Rennes, 25 août 1862, D. 64. 2. 209 ; Cass., 28 juin 1869, D. 71. 1. 48. Cass. civ. 6 août 1895, S. 99. 1. 462 ; Dijon, 2 décembre 1903, *Gaz. Pal.* 1904, 1. 65. Cf. Troplong, *Traité des hypot.* I, n. 239 ; Demante, III, n. 162 *bis* ; Demolombe, XVI, n. 450. Labbé, *Rev. prat.*, VII, 1859. Aubry et Rau, VI, p. 549, § 624, note 25 et p. 605, § 627, note 6. Massigli, *Rev. crit* , XVIII, 1889, p. 460 ; Huc, V, nº 373. *Contra* : Marcadé, art. 829, n. 1 ; Laurent, X, nº 635, 637 et XI, n. 36. Pour ces derniers auteurs, le rapport de dettes ne saurait créer de droit de préférence entre créanciers et déroger ainsi à l'art. 2093.

Cf. Desserteaux. *Essai d'une théorie générale du partage en droit français.* Thèse Dijon 1908, p. 310 et pour la question voisine de répartition d'un prix de licitation, tranchée par l'arrêt des chambres réunies du 5 décembre 1907, p. 358.

Le résultat n'est pas critiquable (1). Il est très juste. Pourtant il faut bien reconnaître qu'il est fort peu en harmonie avec la doctrine classique. Les cohéritiers étaient devenus eux-mêmes simples créanciers personnels du débiteur du défunt, puisqu'ils continuaient, chacun pour sa part, la personnalité même du *de cujus*, comment expliquer qu'ils jouissent d'un véritable privilège, qu'ils soient payés avant les autres. En réalité, on a fait ici un inconscient emprunt à l'idée de succession patrimoine distinct et impersonnel, ayant ses créances et ses dettes propres, masse à liquider comme telle et dont la valeur active nette seule — si elle existe — doit se partager entre les héritiers.

Le principe de la succession à la personne — dans le cas où la loi française le consacre — aboutit à d'autres conséquences peu équitables. MM. Aubry et Rau ne peuvent point toujours en faire abstraction. C'est ainsi que dans notre droit les héritiers sont tenus chacun pour la part pour laquelle ils continuent le défunt, alors même que — par suite du concours de légataire à titre universel, cette même part se trouverait être supérieure à leur émolument, à ce qu'ils prennent réellement dans l'héré-

(1) Nous savons cependant que le rapport peut aboutir à des conséquences dommageables pour les créanciers, grâce au maintien de la division des dettes, car il se fait en moins prenant. Cf. plus haut, p. 180, n. 1. De fait, les cohéritiers sont dans la théorie admise, préférés aux créanciers de la succession agissant contre le débiteur du rapport pour le payement de sa part dans les dettes héréditaires. Il en est ainsi, nous l'avons vu, même si les créanciers de la succession usent de la séparation des patrimoines. Wahl (*traité Baudry*), *Succ.* III (3e édit.), p. 405, n° 3002 *bis* et p. 548, 3203. Cass. civ., 10 juillet 1893, D. 94. 1. 5 (déjà cité).

dité. Lors donc qu'à côté des héritiers, des légataires à titre universel sont appelés à la succession, les héritiers sont tenus de tout le passif héréditaire, sans déduction de la part contributoire afférente aux légataires à titre universel (1). Car ces derniers — à en croire MM. Aubry et Rau — ne représentent pas le défunt. La jurisprudence aurait pu ici supprimer la difficulté. Pour elle tout légataire universel continue la personne du défunt, peut être poursuivi et est même obligé *ultra vires* (2). L'héritier ne devrait donc répondre des dettes que déduction faite de la portion incombant au légataire à titre universel, car pour cette portion ce n'est pas — dans le système jurisprudentiel — l'héritier mais bien le légataire qui représente la personnalité du défunt. Ce n'est cepen-

(1) Aubry et Rau, VI, p. 257 (§ 583) et 668 (§ 636). Cf. Wahl (dans Baudry, t. III, p. 432, n° 3046. Ainsi que le fait justement remarquer M. Percerou (*op. cit.*, p. 580, note 1), il faudrait appliquer la même solution, *mutatis mutandis*, au cas où un légataire serait en concours avec un héritier réservataire. En cette hypothèse, la logique exigerait de même que cet héritier réservataire soit considéré comme tenu de tout le passif héréditaire au regard des créanciers Il continue la personn du *de cujus*, car il est seul saisi. MM. Aubry et Rau établissent, en effet, un rapport étroit entre la saisine et la qualité de continuateur de la personne du défunt (Aubry et Rau, t. VII, § 723, notes 1, 5 et 6). Nous n'avons au reste à discuter cet aspect du système de MM. Aubry et Rau dont le fondement historique est, non sans raison, contesté.

(2) En ce sens, arrêt *Toussaint*, 13 août 1851 (D. 51. 1. 281). Demolombe, XV, nos 116 et 117 ; XVII, n° 38. Sur la discussion, voir Planiol, III (4e édit.), § 2766. p. 652.

(3) *Sic* Cass., 23 avril 1888 (2 arrêts). S. 89. 1. 25, note de M. Zacointa qui approuve ; Cass., 29 octobre 1900, S. 01. 1. 277. — *Contra* Bordeaux, 12 juillet 1867. S. 67. 2. 340 ; Douai, 28 août 1884. *Gaz. Pal.*, 84. 2. 768.

dant pas ce que paraissent décider les arrêts. La Cour de cassation admet que si le légataire est tenu de contribuer aux dettes et si le créancier a le droit de poursuivre directement dans ces limites le créancier n'en est pas moins autorisé à poursuivre aussi l'héritier pour le tout sauf recours de droit de la part de celui-ci. L'héritier réservataire concourra avec les créanciers personnels du légataire. En réalité c'est faire payer à l'un toute la dette, tandis que l'autre absorbe la plus grande partie de l'actif dont cette même dette était cependant inséparable.

*
* *

Tel est le rôle que l'idée de continuation de la personne joue dans l'explication de notre droit positif. Obligation *ultra vires*, division de plein droit des dettes trouvent dans cette idée leur base. Rien n'oblige cependant l'interprête à en faire la clef de voûte de tout le sustème dès transmissions universelles. Quelques conséquences de la théorie de la continuation de la personne ont été, par le fait de l'évolution historique, consacrées par le droit français. Nous ne devons point de cela conclure forcément à l'admission du principe lui-même. N'ont de valeur obligatoire que les prescriptions formelles de la loi. Tous les essais de groupement, de construction destinés à rattacher ces décisions isolées à un système quelconque n'ont qu'une autorité relative et provisoire. Utiles, en tant que le concept auquel on relie les dispositions légales permet à la pensée de les envisager synthétiquement, ils deviennent nuisibles lorsqu'en leur nom on prétend justifier des décisions peu équitables, repousser telle idée qu'impose l'évolution sociale, telle solution qui seule ferait un juste départ

entre les intérêts en présence. Qu'on ne vienne donc point nous dire que la succession *ultra vires* écrite dans la loi, l'idée qui l'explique ou plutôt dont elle découle historiquement participe de l'autorité de la loi, que toutes les conséquences que l'on pourra déduire logiquement de cette même idée sont implicitement consacrées par la loi et ne peuvent se discuter sans discuter la loi elle-même. Sans doute c'est le fait de toute interprétation juridique de se donner pour légale (1), mais n'est-ce pas en réalité le produit de leur travail subjectif que les auteurs prétendent attribuer ici au droit positif. Il y a mieux. Alors même que les rédacteurs du Code auraient admis l'idée de succession à la personne, seules les dispositions particulières qu'ils en auraient déduites pour leur faire prendre place dans le texte du code s'imposeraient à l'interprète. Car si l'on veut le prendre dans son sens large le concept de continuation de la personne n'est qu'un aspect de la notion du patrimoine telle que l'entend la doctrine classique. Et les notions juridiques premières n'appartiennent pas au législateur mais à la science (2).

(1) Voyez Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 45.
(2) Cf. Gény, *Méthode*, p. 96.

CHAPITRE III

La portée exagérée que tend logiquement à accorder au principe de la continuation de la personne, la théorie classique du patrimoine, sera souvent un obstacle pour l'interprétation progressive du droit positif.

C'est parce qu'elle voit dans la continuation de la personne un principe absolu, et d'une application nécessaire en cas de transmission universelle, que la jurisprudence décide que tout titre successif à titre universel entraîne, avec la continuation de la personnalité du *de cujus*, son corollaire regrettable : l'obligation *ultra vires* aux dettes. Et cependant textes et travaux préparatoires (1) auraient pu permettre aux décisions judiciaires de ne reconnaître comme continuateur et ainsi de ne regarder comme tenu *ultra vires* du passif, que le légataire universel non concourant avec des réservataires (2). Les rédacteurs du Code civil, par suite de confusion historique entre les deux notions établissaient en effet un

(1) Percerou, *op. cit.*, p. 569.

(2) Le légataire universel non saisi et le légataire à titre universel ne sont tenus des dettes que INTRA *vires* suivant l'opinion de MM. Colin (dans Baudry) : *donations* (t. 2 ; 3e éd.), p 211, nº 3238 ; Aubry et Rau, VI, p. 256 § 583 et VII, p. 499 § 723 ; Laurent, XIV, nº 160.

lien indissoluble entre la saisine et la qualité de continuateur du *de cujus*.

Un crédit trop grand donné au concept de continuation de la personne a donc ici créé une extension critiquable au domaine de l'obligation *ultra vires* (1). La jurisprudence semble aujourd'hui revenir sur sa décision (2).

Cette même notion du patrimoine-émanation de la personne, qui veut qu'un héritier ne puisse être vraiment successeur universel du *de cujus*, recueillir tout son patrimoine, qu'en continuant sa personnalité a amené la pratique (3), malgré l'opinion d'une doctrine considé-

(1) Cass. 13 août 1851. S. 51. 1. 657. D. 51. 1. 281. Suivent le système de la jurisprudence : Demolombe, *Donations*, IV, n° 750 ; Huc, VI, p. 329 ; Planiol, III (4e édit.), n° 2766, p. 652 et p. 658, n° 2777.

(2) Cass. 12 mai 1897. D. 98 1. 164 ; S. 98. 1. 193 (note de M. Wahl). Cet arrêt, dans ses considérants, paraît admettre la distinction à faire entre héritiers saisis et non saisis. Suivant que le légataire universel est en présence d'un réservataire ou non, il pourra purger ou ne le pourra pas. Si le légataire universel peut en présence d'un héritier réservataire purger, c'est qu'il n'est point continuateur, point tenu *ultra vires* des obligations du défunt.

(3) Dalloz, Sup. V° *Succ.* n° 917. — *Rép. génér. du Droit français* (Carpentier et Frérejouan du Saint) *Successions* (1905) n° 1712. Cette idée est si bien admise par la pratique que la question s'est rarement présentée en jurisprudence. Celle ci l'a, du reste, résolue dans le sens de l'obligation *ultra vires* : Toulouse 16 mars 1882 (pour le conjoint) S. 83. 2. 7 3 ; Tribunal civil de la Seine (pour l'enfant naturel avant la loi de 1896). 6 mai 1893, *Rép. de l'enregistrement*, art. 8035.

On considère la solution comme tranchée *a fortiori* par l'arrêt qui a admis la responsabilité personnelle du légataire universel ou à titre universel (Cass. 13 août 51, précité). La réaction qui s'est opérée

rable (1) à admettre comme ne faisant point discussion, l'obligation *in infinitum* des successeurs irréguliers

à l'égard de cette dernière question aura peut être ici sa répercussion.

Se prononcent dans la doctrine en faveur de l'assimilation des successeurs irréguliers aux héritiers légitimes au point de vue de l'obligation *ultra vires* : Planiol : t. III (4e éd.), nº 2091, p. 440; Demolombe, t. XIII, nº 160.

(1) Laurent, IX, nº 226 et 244. XII, nº 585 ; — Labbé, note S. 83.2. 73. — Huc, V, n. 34, 152 et 153. — Aubry et Rau, t. VI, § 639, texte nº 6 et note 23.

On remarquera que MM. Aubry et Rau sont souvent les premiers à repousser les solutions peu satisfaisantes qui découleraient logiquement des principes posés par eux. Leur sens juridique, leur souci des résultats pratiques, leur fait abandonner sans cesse le système déductif pour s'inspirer, dans une certaine mesure, de la libre recherche scientifique (Cf. Desserteaux : *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif*, Dijon, 1908, p. 295).

On ne s'étonnera cependant pas de nous voir pour combattre la théorie du patrimoine élaborée par MM. Aubry et Rau, critiquer des solutions qu'ils n'ont pas eux-mêmes admises. De fait, ces conséquences sont implicitement contenues dans l'énoncé de leurs propositions principales. D'autres auteurs, plus rigoureux dans leurs déductions, et que le culte du raisonnement éloigne davantage de l'examen des nécessités de la vie, ont su les en tirer. Cela est suffisant. Chose piquante pour mieux combattre l'obligation *ultra vires* des successeurs irréguliers, MM. Aubry et Rau font eux-mêmes — dans cette note 23 précitée — la réfutation de leur propre doctrine sur la nature juridique du patrimoine. L'argumentation de Demolombe se ramène en somme à ceci : « Toute personne a nécessairement un représentant dans celui qui est appelé à recueillir sa succession ». Remarquons-le, c'est la conception classique qui le veut. Le patrimoine du défunt ne trouvant, selon elle, d'élément d'unité que dans la personnalité du *de cujus*, il faut pour que ce patrimoine puisse passer comme tel à l'héritier, voir dans cet héritier un représentant de la personnalité du défunt. A cela, MM. Aubry et Rau répliquent : « Si l'on

autres que l'Etat. Solution regrettable, puisque, nous l'avons vu, l'obligation *ultra vires* ne se justifie dans

devait nécessairement voir un représentant dans celui qui est appelé à la succession, on arriverait à la conséquence manifestement inadmissible, que l'Etat appelé, en l'absence d'autres héritiers ou d'autres successeurs universels, à recueillir la succession devrait être considéré comme représentant la personne du défunt et serait comme tel tenu des dettes *ultra vires*. M. Demolombe croit répondre à cette objection, dont il ne se dissimule pas la force, en disant que c'est plutôt par droit de déshérence, qu'en vertu d'un véritable droit de succession que l'Etat est appelé à recueillir les hérédités qui ne sont réclamées par personne. Mais cette explication, peu en harmonie avec la terminologie du code et avec le texte des art. 723, 724, 767 et suiv., est loin d'être satisfaisante au fond. Dans l'hypothèse de l'art. 768, *les biens et droits du défunt sont acquis à l'Etat, non point comme autant d'objets distincts restés sans maître, mais à titre d'universalité juridique*. C'EST LE PATRIMOINE DU DÉFUNT COMME TEL QUI PASSE A L'ETAT. La déshérence est le fait qui donne lieu à la dévolution de la succession au profit de l'Etat : elle ne constitue pas son titre. Mais en fût-il autrement, il faudrait toujours reconnaître que le droit de déshérence est *un titre universel* et que l'Etat succède réellement IN UNIVERSUM JUS QUOD HABUIT DEFUNCTUS. De fait, n'exerce-t il pas, le cas échéant, une véritable pétition d'hérédité contre les tiers qui auraient pris possession de la succession en vertu d'une qualité qui ne leur appartenait pas ou d'un testament nul ? Cela étant, que devient la thèse que toute personne a nécessairement un représentant dans le successeur appelé à recueillir sa succession ? » Nous pourrions ajouter : Que devient la théorie classique du patrimoine ? Ce patrimoine « s'identifie en quelque sorte avec la personnalité » (*a*) et il pourra comme tel, comme universalité, passer à l'Etat ou à un successeur irrégulier sans que ceux-ci soient des continuateurs de cette personnalité ! Etat ou successeurs irréguliers pourront recueillir l'*universum jus* du défunt, sans réincarner sa personne, c'est avouer que la personnalité de son

(*a*) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 253, § 582.

l'état actuel de nos mœurs que si une confusion véritable s'est, en fait, produite entre les biens de l'héritier et ceux du défunt.

Dans un autre domaine, nous ferons grief à l'idée de continuation de la personne regardée comme un corollaire nécessaire de la conception du patrimoine-personnalité, d'amener très logiquement l'interprète à écarter comme irrationnelle toute tentative d'exhérédation (1) générale de totalité des successibles. C'est là restreindre inutilement lorsqu'il n'y a pas d'héritiers à réserve, la liberté du testateur.

Cette exhérédation, affirme-t-on, aurait pour résultat de supprimer tout continuateur de la personne et par conséquent de faire disparaître le patrimoine un détriment des créanciers héréditaires. Il est indispensable que le patrimoine garde sa cohésion, que le défunt soit représenté au point de vue passif tout au moins par une personne contre laquelle puissent agir ses créanciers.

La réponse est simple. Nous l'avons déjà vu : dans notre droit, il n'est nullement besoin qu'il y ait un continuateur de la personne, pour que les créances et les dettes ne tombent point, pour que le patrimoine, ensemble complexe de valeurs actives et passives subsiste comme tel. Un successeur aux biens suffit pour répondre aux créanciers du *de cujus* et leur distribuer au besoin

titulaire n'est pas le seul élément de cohésion de cet ensemble de droits que nous nommons « patrimoine » ! Affimer une telle proposition, c'est de la part de MM. Aubry et Rau dissocier ici inconsciemment les deux idées qu'ils lient étroitement par ailleurs, de patrimoine et de personnalité.

(1) *Sur l'exhédération.* Vo Lambert. *De l'exhédération et des legs*, 1895.

son patrimoine. Le successeur irrégulier, ce sera ici l'Etat, L'*Universum jus* defuncti sera recueilli par l'Etat. Avec le patrimoine du défunt l'Etat recueillera les dettes qui en font partie.

Regarder l'idée de la continuation de la personne comme absolue et nécessaire conduirait à une toute autre solution. C'est en exagérant la valeur de ce concept que la Cour de Rennes (2) « considérant que si la loi confère à l'homme la faculté de préférer les héritiers de son choix à ceux qu'elle donne, elle ne lui attribue pas le pouvoir d'exclure ceux-ci sans leur substituer personne » décide que l'exclusion n'empêchera pas les biens de passer aux héritiers du sang. Elle ne peut avoir d'effet qu'en tant qu'elle constitue une institution indirecte, car il faut de toute nécessité un continuateur de la personne. C'est ce que proclament également la Cour de Bordeaux (3), le 10 février 1865 et le Tribunal de Lyon le 15 mai 1884 (4). Cependant le 10 février 1869 (5), la Cour de cassation admettait la validité de l'exhérédation alors même que la caducité du legs venait priver les créanciers du défunt de tout continuateur de la personnalité. La Cour de Lyon, si elle confirme pour des raisons de fait, dans son arrêt du 29 juillet 1885 (6), le dispositif du jugement du tribunal précité, se garde bien d'adopter les mêmes motifs: « Rien ne s'oppose, affirme-t-elle, à

(1) Paris, 13 décembre 1901. D. 1902. 2. 177 (note Colin).

(2) D. 60. 2. 160.

(3) D. 65. 2. 151.

(4) D. 85. 3. 24.

(5) Même solution: *Cassation Req.* 16 novembre 1906. D. 1907. 288.

(6) D. 86. 2. 229.

ce qu'un testateur exhérède tel ou tel de ses héritiers et même toute une catégorie... considérant que, lorsque le testateur s'est contenté de formuler l'exhérédation au détriment de quelques-uns de ses héritiers sans instituer un légataire universel, on doit nécessairement en conclure qu'il a entendu appeler ses héritiers en sous ordre, que par exemple quand il a exhérédé purement et simplement tous les membres de sa famille, il a entendu appeler ses successeurs irréguliers et notamment l'Etat, mais qu'il n'en est pas nécessairement ainsi, lorsque, comme dans l'espèce... »

La Cour de cassation le 15 avril 1885 (1), venait de faire application des mêmes principes. Un testateur avait exhérédé son frère, le plus proche de ses successibles. Les parents appelés en ordre subséquent renoncèrent. Il n'existait aucun autre héritier connu. La Cour de cassation déclare que l'exhérédation subsiste indépendamment de toute institution d'héritier, que le frère exclu n'avait point qualité même en l'absence de tout autre successible pour recueillir les biens du testateur ; qu'en conséquence, vu l'article 811, la succession était vacante.

Ce serait également accorder une importance abusive au principe de continuation de la personne que de refuser en son nom au testateur d'exhéréder tous les successibles y compris l'Etat. Voici le raisonnement que l'on fait parfois : Le patrimoine émanation de la personnalité doit disparaître avec elle ; en créant la fiction de continuation de la personne, le droit a voulu éviter ce résultat et assurer aux créanciers la conservation à lafois du patrimoine

(1) S. 86. I. 453.

qui est leur gage et d'une personne contre laquelle ils puissent agir. Il n'est pas possible à celui qui teste d'aller contre cette volonté légale.

En réalité une telle interdiction n'est pas dans la loi. Au point de vue pratique, les intérêts des créanciers n'auront pas nécessairement à souffrir de l'absence de successeur universel, de la dispersion du patrimoine du débiteur. L'interprète doit donc considérer l'exhérédation qui nous occupe comme parfaitement valable.

Quel est, à cet égard, l'état de la jurisprudence ?

L'arrêt de la Cour de Lyon du 29 juillet 1885 (1), paraît trancher la question dans ses considérants. A y regarder de près cependant, il constate simplement l'impossibilité d'une hypothèse d'ailleurs purement théorique. « Un testateur, dit-il ne saurait exhéréder indistinctement tous ses héritiers réguliers ou irréguliers en y comprenant même l'Etat, *de telle façon que sa succession dut tomber en déshérence complète* ».

Il est cependant des espèces de réalisation plus pratique et auxquels les rédacteurs de l'arrêt de 1885 n'ont sans doute point songé. En voici une : Le testateur déclare qu'il n'entend laisser aucun successeur universel et en même temps il prend soin de régler quel sera le sort de tous et chacun de ses biens après lui. Il ne veut pas que ce qu'il possède forme un tout, un patrimoine à son décès. Il désire que le lien qui rattache les uns aux autres ses droits et ses actions se dénoue par sa mort. Il répartit individuellement tous ses biens entre les légataires particuliers. Il dispose isolément de chacun des biens qui composent son patrimoine, il les éparpille.

(1) D. 86. 2. 230, V. *supra*.

Cette volonté du testateur sera-t-elle respectée ? Oui ou non la loi oblige-t-elle les testateurs à se désigner un représentant ? La réponse dépend de l'importance que l'on attache au principe de continuation de la personne et cette importance à son tour de l'idée que l'on se fait du patrimoine.

Cette notion loin d'imposer ici *a priori* une décision peu libérale devrait précisément se tirer, s'induire des différentes solutions que révèle la libre recherche scientifique.

Prenons une espèce. Supposons que le testateur n'ait point d'héritiers à réserve, qu'il exclue tous ses successibles. Il n'a point institué de légataire universel mais il détermine l'emploi à faire de sa fortune et désigne un exécuteur testamentaire, le chargeant de veiller à l'exécution de sa volonté.

L'exécuteur testamentaire peut-il servir à écarter toute dévolution universelle ? En use-t-on valablement pour exclure tous les successibles sans instituer même tacitement quelqu'un à leur place ? La validité de l'acte testamentaire qui confie à l'exécuteur le soin de liquider une succession est reconnu. Mais le produit de cette liquidation au lieu d'être remis entre les mains des héritiers continuateurs ne peut-il être, en vertu d'une disposition formelle du *de cujus*, intégralement réparti entre les légataires particuliers, simples successeurs à une portion des biens ? L'exécuteur a transformé tous les biens en deniers. A ces deniers peut-il, les créanciers une fois payés, assigner une série d'emplois particuliers. En un mot le testament peut-il, par ce moyen, écarter tout continuateur universel, éparpiller toute la fortune et ne laisser après le *de cujus* aucun patrimoine ?

L'affirmative est implicitement admise par la Cour de Paris dans un arrêt du 31 juillet 1819. Le droit d'écarter tout successeur *in universum jus* et de ne laisser qu'un distributeur des biens a été formellement reconnu par un arrêt de la Cour de Lyon du 12 décembre 1868. Un arrêt de cassation du 8 janvier 1872 a rejeté le pourvoi formé contre cette décision (1).

Quelle objection pourrait, dans le domaine des réalités, faire à cette jurisprudence la doctrine classique dont les prémisses postulent la nécessité absolue d'un continuateur de la personne? Sera-ce l'intérêt des créanciers à trouver en face d'eux un continuateur juridique de la personne du défunt qui réponde des obligations contractées par celui-ci. Cette objection n'est pas décisive. Elle repose toujours sur la même confusion entre la personne juridique et le patrimoine, entre l'homme et ses biens. Ce sont les biens qui doivent et en fait la situation des créanciers sera toute semblable à celle où les met la présence d'un successeur irrégulier ou même l'acceptation bénéficiaire des héritiers légitimes. Chargé de liquider la succession, l'exécuteur testamentaire devra les payer avant d'exécuter les legs particuliers. Ont-ils négligé de se faire colloquer avant la fin de la liquidation, ils pourront cependant poursuivre les légataires particuliers et se faire payer sur les biens détenus par ceux-ci. Car encore une fois leur droit porte non sur la personne de leur débiteur ou sur la personne d'un héritier qu'une fiction légale regarderait comme la même individualité juridique, mais sur les biens. C'est à

(1) S. 72. 1. 30. Cf. Orléans, 31 août 1831. S. 32. 2. 145 et Cass. 27 août 1856. S. 57. 1. 496.

tort, nous le voyons ici, que la doctrine classique confond patrimoine et personnalité. L'on peut aujourd'hui refuser tout continuateur à sa personnalité. Il n'est point d'autre part de nécessité qui oblige à donner au patrimoine, contre la volonté de son titulaire, une durée indéfinie,

Le testateur pourra diviser son patrimoine et le distribuer aux pauvres par l'intermédiaire de l'exécuteur testamentaire. L'exécuteur payera les dettes et répartira l'excédent actif : il n'y aura qu'une série de legs particuliers (1) et point de succession au patrimoine. De fait, l'acte par lequel le mourant désigne ainsi un exécuteur testamentaire chargé de répartir librement sa succession se distingue nettement du legs du patrimoine fait aux pauvres et susceptible d'être revendiqué par le bureau de bienfaisance. Si le défunt dispose de cette façon de sa fortune, il aboutit manifestement à ne laisser aucun continuateur de sa personne et cependant il ne peut faire disparaître son patrimoine comme tel. Après sa mort, la marque imprimée sur ses biens par leur réunion entre ses mains s'effacera-t-elle aussi complètement que s'il les avait aliénés pendant sa vie au moyen de ventes ou de donations particulières ? Après lui, ses droits et actions ne formeront-ils plus une universalité, un patrimoine? Evidemment si. Et cela tant que ses créanciers n'auront pas été payés. Jusqu'au parfait désintéressement de ses créanciers, les biens et les obligations du défunt devront être regardés comme un tout, dans lequel le passif est la contre-partie et la contre-partie inséparable de l'actif ; dont l'actif est destiné à supporter le passif. Le testateur

(1) Toulouse 11 août 1834. S. 35. 2. 368; Cass. 16 juillet 1834 : S 34. 1. 700; Douai. 11 fév. 1845. S. 45. 2. 27.

n'a pas voulu ici que son patrimoine soit distribué par fraction, chaque portion d'actif entraînant avec elle une portion correspondante de passif. Ce sont des biens francs de toutes dettes qu'il a voulu léguer aux pauvres. Ces biens, les pauvres ne peuvent les obtenir qu'après la liquidation du patrimoine de leur bienfaiteur. Le patrimoine du testateur subsiste donc après sa mort, il subsiste au moins pour le temps nécessaire à sa liquidation. Et cependant il n'est point ici de successeur universel. En effet, les pauvres qui ne recueilleront qu'une modique aumône ne pourront tenir lieu de légataires universels. Il est impossible de prêter ce caractère à l'exécuteur testamentaire (1). Ce simple intermédiaire n'est pas plus un continuateur de la personne (2) que les indigents légataires particuliers.

Nous avons déjà fait pressentir la possibilité d'un autre procédé de distribution des biens. Ne peut-on admettre — toujours en l'absence d'héritiers à réserve — la validité d'un testament qui disséquerait le patrimoine du testateur au moyen de différents legs portant sur ses divers éléments pris individuellement. Il n'y aura pas de successeur universel, de continuateur de la personne. Néanmoins, le patrimoine sur lequel portent les dettes ne disparaîtra pas complètement. Il se divisera en fractions. Ainsi les créanciers n'auront pas à souffrir de la disper-

(1) Nancy, 9 mars 1901. *Pand. Fr.* 1903. 2. 22.

(2) Il est bien évident que nous employons ici ce terme dans son acception la plus large et non par opposition à « successeurs irréguliers ». Dans la pure doctrine classique, le patrimoine n'existe que par la personne et tout successeur universel, acquérant le patrimoine en tant qu'ensemble doit être regardé comme continuateur de la personne. V. au surplus, Introduct. p. 14 et sq.

sion de leur gage. Les biens répondent des dettes. A chaque élément d'actif légué correspondra un passif proportionné à la valeur qu'avait cet élément actif dans le patrimoine du défunt. Si les légataires sont habituellement exemptés des dettes c'est en vertu d'une présomption de volonté du testateur. Cette présomption tombe dans notre hypothèse. Il faut regarder les légataires particuliers comme ayant reçu ici *une portion du patrimoine*, de cet ensemble complexe de biens et d'obligations dans lequel actif et passif sont intimement liés. Nos légataires seront tenus des dettes pour leur part héréditaire comme des continuateurs le seraient, mais bien entendu, dans les limites de leur émoluement.

Telles sont les diverses combinaisons que malgré tout le respect dû à la liberté du testateur et au droit de disposition à cause de mort, l'on serait tenté d'invalider s'il fallait considérer la nécessité de la continuation de la personne comme inéluctable parce que déduite de la véritable et seule conception rationnelle du patrimoine.

Nous avons vu que l'article 2.235 du Code civil semble mettre sur un pied d'égalité en ce qui regarde la théorie de la possession les successeurs universels et les successeurs particuliers. Il n'en est pas toujours ainsi, nous assure-t-on, et l'on fait intervenir l'idée de continuation de la personne. De la *jonction* des possessions devra se séparer la *continuation* de la possession. La tradition et les principes du droit imposeraient, à ce dernier point de vue, une distinction entre les deux classes de successeurs.

Cet appel à la notion de succession à la personne n'a pas manqué de produire un résultat des plus singuliers.

Les héritiers universels ne forment avec leurs auteurs

qu'une seule et même personne — c'est la notion classique du patrimoine qui le veut, — ils ne peuvent donc commencer une possession distincte.

Au contraire, les autres ayant-cause commencent une nouvelle possession qui n'a rien de commun avec celle de leur auteur.

Tandis que s'il s'agit d'un successeur particulier on se trouve en présence de deux possessions distinctes — que le successeur peut joindre ou non suivant son intérêt — dans l'hypothèse d'un successeur universel il n'y a au contraire qu'une seule et même possession que le successeur continue forcément. On ne peut alors parler de jonction, de réunion, d'accession auxquelles il serait possible de renoncer. Il n'y a qu'une seule possession commencée par l'auteur et continuée par le successeur universel que le droit regarde comme incarnant la personne même du premier.

Voici l'intérêt de la distinction. A la différence de ce qui se passe pour le successeur particulier, à l'encontre du successeur universel persistent les caractères de la possession de son auteur. Si A, possesseur de mauvaise foi, meurt avant l'écoulement complet du laps de temps nécessaire à l'acquisition de la propriété, son successeur B continuera sa possession elle-même, car d'après la doctrine classique il continue sa personne, et fut-il lui, de bonne foi il ne pourra prescrire après dix ou vingt ans. Les qualités dont la possession du défunt était revêtue subsistent dans la possession, lorsque l'héritier la continue.

A l'inverse, supposons A *de cujus* de bonne foi, la mauvaise foi de B successeur à l'universalité, au patrimoine-personnalité ne l'empêchera pas d'acquérir la propriété au bout de dix ou vingt ans.

Les deux possessions du défunt et de celui qui le continue n'en font qu'une seule, leurs personnes n'en faisant qu'une. La bonne foi n'est requise qu'au moment de l'entrée en possession. Cette entrée en possession a eu lieu lorsque le *de cujus* a acquis. Il n'y a pas eu appréhension par une personne nouvelle au moment de l'hérédité. C'est la possession du défunt qui se poursuit avec ses qualités et ses vices. L'héritier d'un défunt de bonne foi sera regardé comme de bonne foi, grâce à la continuation de la personne, sans qu'il y ait à s'enquérir de sa bonne ou de sa mauvaise foi personnelle. Il continue avec son titre l'occupation commencée par son auteur.

On rattache traditionnellement ces solutions à l'idée de continuation de la personne. C'est ce qu'assure Duranton (1). Mais nous le savons tous les successeurs universels ne sont pas des continuateurs au sens precis du terme. Que décider vis-à-vis des successeurs irréguliers? Zachariæ (2) réserve les règles que nous venons d'exposer à ceux des successeurs qui sont à proprement parler des successeurs à la personne, Le résultat serait encore plus bizarre. L'opinion générale traite de même tous les successeurs universels. Ainsi font MM. Aubry et Rau (3).

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. XXI, n° 238 ; « Toutes ces propositions sont des conséquences du principe que le successeur universel, comme *succédant à la personne* et non pas seulement à la chose, n'a que la même possession qu'avait le défunt, que la sienne n'est que la continuation de celle de ce dernier avec ses vices et qualités. »

(2) Zachariæ, II, § 181, texte et note 12.

(3) Aubry et Rau (5e éd.), t. II, p. 553 § 218 ; Tissier (dans Baudry). *De la prescription*, p. 269 (3e éd. 1905). — Cf. Troplong, II, p. 232 et 937 ; Marcadé, sur l'art. 2235, nos 1 et 2 ; Laurent, XXXII, 361. — Req. 27 août, 35. S. 35. 1. 797.

De ce que la distinction proposée au sujet de la continuation du titre de la possession aurait lieu entre tous les successeurs universels d'une part et les successeurs à titre particulier de l'autre, devons nous conclure que l'idée de la continuation de la personne n'a joué dans l'élaboration de cette théorie aucun rôle ?

Non ! Nous l'avons dit : il y a ici deux propositions. La mauvaise foi de son auteur atteint l'héritier même de bonne foi ; la bonne foi du défunt profite à son successeur universel, même de mauvaise foi. Si la première de ces deux propositions — celle qui justement nous paraît rationnelle — peut s'expliquer par la seule notion de succession universelle, de succession à tous les droits et à toutes les obligations, au patrimoine, l'autre qui nous semble très irrationnelle, devient injustifiable et inintelligible sans le secours du principe de la continuation de la personne.

De fait l'on comprend bien que l'héritier d'un possesseur de mauvaise foi — bien qu'il soit personnellement de bonne foi — ne puisse acquérer en dix ou vingt ans. Comme successeur universel, il est tenu de toutes les dettes du défunt et par conséquent de l'obligation que le *de cujus* possesseur de mauvaise foi a contracté de rendre par la connaissance qu'il avait de ce que la chose ne lui appartenait point.

L'article 2237 applique cette idée. Les héritiers de ceux qui tenaient à titre de fermiers, de dépositaires, d'usufruitiers, en un mot à titre précaire ne peuvent prescrire. Lorsque la chose passe aux mains d'un successeur universel, le vice de précarité subsiste. Ni l'intention de posséder pour son compte, ni l'ignorance dans laquelle se trouve un tel successeur ne peuvent effacer ce vice.

Celui-ci ne peut être purgé en la personne du successeur tout comme en celle de son auteur que par l'une des causes d'interversion énumérées dans l'article 2238.

Faut-il pour arriver à cette solution faire jouer un rôle au concept de succession à la personne ? Faut-il affirmer que le défunt et son héritier ne forment qu'une seule personne dont la possession est perpétuellement affectée du même vice de précarité ? C'est inutile. Pourquoi n'admet-on pas que l'héritier d'un possesseur précaire, d'un détenteur, d'un dépositaire... prescrive ? C'est que, à ce successeur est transmis non tel ou tel bien mais l'ensemble complexe des droits actifs et passifs du *de cujus*, son patrimoine. Il sera par conséquent lié par l'obligation de rendre qui grèvait son auteur et constituait précisément la précarité de son titre. Cette survie de toutes les obligations de défunt se produit aujourd'hui qu'il y ait ou non continuation de la personne. Elle s'explique par la seule transmissibilité du patrimoine. Ces deux idées doivent être dissociées.

Rattacher à la continuation de la personne le maintien du titre et des qualités de la possession conduirait à des décisions erronnées. Non seulement, avec Zachariæ, il faudrait permettre aux successeurs irréguliers de bonne foi de prescrire en dix ou vingt ans l'immeuble que leur auteur possédait de mauvaise foi mais de plus, l'on devrait, le cas échéant, les autoriser à intervertir le titre de leur auteur. L'article 2237 ne concernant que les héritiers légitimes, les continuateurs de la personne, aux successeurs irréguliers il serait permis de prescrire l'immeuble qui leur a été transmis par un auteur fermier ou dépositaire. Cette proposition se réfute d'elle-même. La possession précaire n'est jamais un fait irrégulier. Toutes

les personnes qui possèdent une chose précairement la détiennent en vertu d'un titre régulier, d'un contrat ou d'une loi qui leur imposent une obligation de restitution. Cette obligation, pas plus que n'importe quelle autre dette du défunt, ne saurait être anéantie du fait de l'arrivée à la succession d'un successeur irrégulier (1).

L'héritier, même de bonne foi, ne peut prescrire par 10 ou 20 ans si le *de cujus* était de mauvaise foi. Passons maintenant à la seconde proposition ; la proposition réciproque qu'on ajoute généralement (2) à celle-ci. A l'inverse, dit-on, l'héritier encore que de mauvaise foi pourra usucaper en 10 ou 20 ans lorsque son auteur était de bonne foi.

Cette seconde règle ne serait guère justifiable au point de vue rationnel. La bonne foi du *de cujus* ne peut effacer la mauvaise foi de son héritier. Les questions de bonne ou de mauvaise foi sont essentiellement individuelles (3). Comment pourrait-on expliquer cette seconde solution. Certes, la bonne foi du *de cujus* n'a pas créé un droit à la prescription de 10 ou 20 ans dont puisse se prévaloir son héritier. Le défunt a pu, il est vrai acquérir un droit à la protection légale de sa possession, à l'action, droit qui passera au successeur. Mais à coup sûr il n'a pas le droit acquis d'arriver, lui ou son héritier à la propriété en 10 ou 20 ans. Si l'on admettait l'existence d'un tel droit, il faudrait opérer un changement dans les idées ordinairement reçues en cas de succession à titre particulier. Car

(1) Il est bien évident d'autre part qu'un successeur à titre particulier ne saurait être tenu de cette obligation (art. 2239).

(2) Aubry et Rau, t. II (5e édition), p. 553 § 218, texte et note 35.

(3) Cf. Percerou, *op. cit.*, p. 575.

si le possesseur de bonne foi avait un droit acquis à la courte usucapion, il devrait s'en dépouiller au profit de son ayant cause même à titre singulier. Il lui doit tout ce qu'il a de droits sur la chose. Cependant il est unanimement admis quand le successeur particulier est de mauvaise foi, que la bonne foi de son auteur ne l'autorise pas à se prévaloir de l'usucapion par dix à vingt ans (1). En l'absence de tout droit acquis à la prescription brève, la règle contraire admise en matière de transmission universelle ne peut s'expliquer. L'idée de succession à l'universalité des biens, au patrimoine est ici impuissante.

Sans doute la bonne foi n'est exigée du possesseur qu'au moment de l'acquisition. La connaissance que le *de cujus* aurait ultérieurement obtenu des droits du véritable propriétaire ne formerait aucun obstacle à l'usucapion. Mais, il faut bien l'admettre l'héritier commence une possession nouvelle. La possession de l'héritier est en réalité un fait nouveau distinct de la possession de son auteur.

Pour ne faire de ces deux possessions qu'une seule il faut supposer qu'une même et unique personne a toujours possédé, il faut précisément recourir à la fiction de la continuation de la personne du défunt par son héritier. Voilà donc une solution qui d'une part ne trouve son fondement que dans la notion de continuation de la personne et qui de l'autre ne paraît ni utile ni même justifiable juridiquement (2). On peut avec raison faire grief au principe de succession à la personne d'y avoir conduit.

(1) Aubry et Rau, 5e éd. t. II, p. 554 § 218 ; Duranton, XXI, 241 ; Marcadé sur art. 2235, nos et 2 ; Laurent, XXXIII, 361 ; Comet de Santerre, VIII, 376 *bis* 1.

(2) M. Percerou (*op. cit.*, p. 575) condamne en toute hypothèse la

Rien du reste ne force l'interprète à permettre à l'héritier de mauvaise foi de prescrire en 10 ou 20 ans lorsque son auteur était de bonne foi. Rien ne l'oblige à adopter cette opinion qui semble aussi peu morale que peu rationnelle. Encore qu'elle soit traditionnellement reproduite par les auteurs aucun texte ne la consacre (1). Que l'on

persistance chez le successible de caractères de la possession de son auteur. Nous croyons avoir montré que cette persistance s'explique lorsque le défunt était de mauvaise foi et cela par la succession à l'universalité des droits et obligations au patrimoine. Nous la repoussons au contraire, au cas inverse quand le *de cujus* était de bonne foi.

M. Cazelles (*op. cit.* p. 228) propose de remplacer la distinction habituelle, au point de vue de la continuation du titre de la possession entre successeurs à titre universel et successeurs à titre particulier par une division entre successeurs à titre onéreux et ayants cause à titre de gratuit. Cette idée paraît tout aussi empreinte d'esprit personnel dans l'interprétation que celle de M. Jallu (*op. cit.* p. 19 et 20). Ce dernier propose une distinction entre successeurs à cause de mort et successeurs entre vifs. Qu'est-il besoin de proposer une distinction quelconque ? Il faut voir qu'elles sont les solutions normales en partant de l'analyse de la situation que l'on nomme possession. Ce sont celles admises pour les successeurs particuliers L'on doit ensuite examiner quels changements le concept de succession universelle peut apporter à ces solutions. En un cas, une modification nous a semblé devoir s'imposer : lorsque le défunt était tenu d'une obligation de restituer laquelle par le jeu même de la transmission du patrimoine venait grever son héritier. L'autre changement proposé ne nous a pas paru motivé. Il est sans fondement .. Ses résultats sont choquants nous le repoussons et rendons responsable de son succès — alors qu'il est irrationnel — l'idée de la continuation de la personne qui lui a donné une apparence de logique.

(1) L'arrêt de Cassation du 27 août 1835. S. 35 et 797 ne vient corroborer que la première proposition. Il ne permet pas à l'*héritier* de bonne foi de faire abstraction de la *mauvaise foi* de son auteur.

cesse de considérer le principe de la continuation de la personne comme base de toute transmission universelle, comme expliquant et permettant seul la transmission du patrimoine dans son unité ; qu'encore une fois on sépare l'idée du patrimoine et la notion de personnalité, et l'on pourra obliger l'héritier de mauvaise foi à recourir à la prescription trentenaire comme l'on y oblige le successeur particulier.

Une question toujours controversée est celle de savoir si l'héritier est tenu de payer les legs indéfiniment à quelque chiffre qu'ils puissent monter et même au delà des forces de la succession. Faire intervenir l'idée de continuation de la personne en tant que principe rationnel nécessaire ne pourra conduire ici encore qu'à une solution peu équitable : l'obligation *ultra vires* aux legs. C'est cette conséquence qu'admettra Laurent toujours logique dans les déductions qu'il tire d'une notion regardée comme vérité première. « Si l'héritier, nous dit-il (1), a accepté purement et simplement, il est le représentant du défunt, *il continue sa personne* ; *on ne conçoit* pas qu'il divise sa personnalité et qu'il prétende représenter le défunt quant aux dettes et ne le pas représenter quant aux legs. »

On serait tenté de chercher à éviter ce résultat en se servant de l'idée de continuation de la personne elle-même. Si l'héritier, pourrait-on dire, est tenu des dettes indéfiniment, c'est parce qu'il continue la personne du défunt et que par suite il est censé se substituer à lui en

(1) Laurent *principes de Droit civil*, t. XIV, p. 108 — ; même décision dans Demolombe, t. XIV, nº 522, 550, 551 ; — Aubry et Rau, VI § 611 et 617, p. 381 et 442 ; Wahl (dans Baudry), *Successions*, t. I, nº 159, p. 127.

ce qui regarde son passif aussi bien qu'en ce qui concerne son actif. Ce motif ne s'applique pas aux legs. Ceux-ci ne pesaient pas sur le défunt de son vivant. Comme continuateur, l'héritier, dirait on, ne saurait être tenu que des charges qui grevaient son auteur. Les legs n'ont jamais été dus par le défunt. L'héritier n'est pas obligé personnellement puisque son auteur n'a jamais eu la charge d'une telle obligation. A cela M. Laurent a d'avance répondu avec raison : « L'héritier saisi ne fait qu'un avec le défunt, la volonté du défunt est la sienne ; s'il a disposé par acte de dernière volonté au delà des forces de son patrimoine, l'héritier doit respecter ses dispositions. » Il faut bien le dire — si l'on accepte l'idée de continuation de la personne comme principe rationnel, nécessaire dominant toute la théorie des successions — c'est M. Laurent qui est dans le vrai.

Nous n'avons pas à entrer ici dans l'examen des arguments de texte invoqnés soit per les partisans de l'obligation *ultra vires* aux legs, soit par les adeptes de l'obligation *intra vires*. Si l'on en croit M. Labbé (1), si l'on en croit M. Planiol (2), aucune disposition formelle de la loi n'impose à l'héritier le payement des legs sur ses propres biens. Personnellement nous repoussons cette obligation vraiment inique. Mais peu importe. Il suffit, pour l'étude que nous poursuivons, de montrer que le concept de continuation de la personne — parce qu'il est considéré comme absolu et conditionnant nécessairement le droit positif lui-même — intervient ici, avant tout examen exégétique, prétend

(1) Labbé, note S. 83, 2. 73.

(2) Planiol, *Traité élémentaire*, 3e volume (4e édit.), nº 2791, p. 663.

dominer le début, et dicter une solution, précisément la moins juste (1).

De l'idée de continuation de la personne il faudrait conclure encore que les hypothèques générales auxquelles étaient soumis les biens du défunt s'étendent aux biens de l'héritier. L'héritier a absorbé la personnalité du défunt. Il n'y a plus qu'une personne aujourd'hui, celle de l'héritier dit-on, et il ne peut donc y avoir désormais qu'un patrimoine. Si cette confusion des patrimoines a eu pour effet incontestable d'ajouter au gage des créanciers successoraux les biens de l'héritier il est rigoureusement logique d'étendre à ces mêmes biens l'hypothèque générale qui frappait ceux du défunt(2). Pourquoi les créanciers qui ont des sûretés seraient-ils, en ce cas, traités avec moins de faveur que les simples chirographaires ? Ici encore MM. Aubruy et Rau (3) sont les premiers à combattre cette solution — injuste à l'égard de l'héritier dont elle ruine le crédit et favorable à l'excès aux créanciers auxquels elle accorde un gage hypothécaire plus considérable que celui sur lequel ils ont pu légitimement compter. Voici comment MM. Aubry et Rau essayent de

(1) La jurisprudence influencée par l'idée de continuation de la personne tend aujourd'hui à admettre l'obligation *ultra vires* aux legs ; cf Cass. 1er août 1904. D. 1904. 1. 513 (Oblig. indéfinie du lég. universel *saisi*).

(2) Cf. Marseille, *La continuation de la personne*, thèse Paris 1873; Delvincourt, II, p. 55, note 3.

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI § 617 texte et note 7 — même solution dans Demolombe, VII, n° 33 et XVIII, n° 62. Troplong, *traité des priv. et hypoth.* n° 390 ; Huc, *op. cit.*, V n° 396. — Wahl, (traité Baudry), *Successions*, III (3e édit.), p. 419 (solution donnée sans aucun motif à l'appui).

repousser cette conséquence logique de leur théorie : « Si l'hypothèque générale frappe disent-ils non seulement les immeubles présents mais encore ceux à venir ce n'est qu'à raison de l'*unité du patrimoine*, fondée sur le rapport juridique qui existe entre la personne du débiteur et la généralité de ses biens. Or ce rapport cesse par le décès et par suite de sa confusion avec celui de l'héritier celui du défunt n'existe plus comme unité juridique. Il en résulte que l'hypothèque générale se trouve restreinte aux biens dont la propriété a résidé sur la tête du défunt et qu'elle ne saurait atteindre les biens de l'héritier qui n'ont jamais fait partie du patrimoine de ce dernier. » De deux choses l'une cependent ou l'interdépendance qui faisait des éléments du patrimoine une « unité juridique » disparaît, ou elle subsiste. Si elle disparaît les créances chirographaires tombent : le patrimoine sur lequel elles portent n'existe plus. Si les créances survivent à la mort de la personne débitrice grâce à la continuation de la personne, qui précisément permet au patrimoine de ne pas disparaître à la mort de son titulaire, mais à condition qu'il aille se confondre dans un autre patrimoine lui-même indivisible, c'est que l'unité juridique subsiste dans ce patrimoine élargi. Dès lors les hypothèques générales qui portent sur tous les biens du patrimoine doivent porter aussi bien sur ceux ayant appartenu au *de cujus* que sur ceux provenant de l'héritier continuateur de sa personne. Les deux personnes, celles du défunt et celle de l'héritier se confondent en une seule : les deux patrimoines se confondront en un seul. MM. Aubry et Rau nous paraissent précisément ici faire abstraction du principe de la continuation de la personne qui est cependant par ailleurs nécessaire

dans leur théorie pour expliquer la possibilité des transmissions universelles. Si la personne du défunt survit, nous le répétons, dans celle de l'héritier, le patrimoine de l'héritier dans son entier, dans son unité — il est indivisible dans la notion classique — possèdera tous les caractères du patrimoine du défunt. Le rapport entre la personne du débiteur et la généralité de ses biens subsiste. Cette généralité s'est accrue de ceux de l'héritier. Quand on regarde la continuation de la personne comme principe nécessaire et seul capable d'expliquer — la notion classique du patrimoine étant elle-même admise — les transmissions universelles, il faut le dire : les hypothèques générales qui frappaient les biens héréditaires doivent s'étendre à ceux de l'héritier. Il y a là une conséquence inévitable.

La théorie du patrimoine émanation de la personnalité, l'inaliénabilité du patrimoine sans le secours de la fiction de continuation de la personne du défunt, son corollaire, généralisations et déductions hâtives ont eu une influence, cette fois efficace, mais fort regrettable, sur l'interprétation du bénéfice d'inventaire et de la séparation des patrimoines. Non seulement elles tendent à justifier, mais encore elles ont contribué à accréditer, des solutions contraires à l'esprit de ces bénéfices. C'est ce qu'il sied maintenant d'examiner.

Faire dominer dans l'organisation du bénéfice d'inventaire l'idée de continuation de la personne c'est-à-dire la notion du patrimoine attribut de la personnalité, obligera souvent à admettre des solutions malheureuses au point de vue pratique et en opposition avec le but même de cette création juridique. Quelle est en effet l'essence du bénéfice d'inventaire ? Séparer le patrimoine du défunt

du patrimoine de l'héritier afin d'aboutir à une liquidation indépendante de la masse héréditaire. La logique conduit donc ici à établir entre l'hérédité et le patrimoine de l'héritier une distinction absolue, et à écarter tout effet d'une prétendue continuation de la personne. La succession doit être regardée comme un patrimoine distinct, seul tenu des dettes du défunt. Ce patrimoine n'emprunte point son existence à la personnalité de l'héritier qu'une fiction supposerait être la personnalité même du *de cujus*. Toute idée de continuation de la personne est ici écartée par la suppression même de l'obligation *ultra vires* de l'héritier (1). Il n'est donc pas exact de prétendre, comme on l'a fait parfois, que même après l'acceptation bénéficiaire l'héritier continue le *de cujus* et que s'il y en a plusieurs chacun le continue pour sa part (2).

(1) Nous avons essayé de montrer dans le chapitre précédent que c'est à l'obligation *ultra vires* et à la division de plein droit des dettes que le réduit aujourd'hui l'application de la notion de continuation de la personne dans notre Code.

(2) D'après Laurent (*Principes de Dr. civil,* t. X, p. 119). Le bénéfice d'inventaire, en dispensant de payer les dettes *ultra vires* ne détruit pas la continuation de la personne, mais au contraire la laisse subsister avec toutes ses conséquences qu'il n'a précisément en vue de renverser. — M. Percerou, *op. cit.*, paraît aussi admettre cette solution en droit positif, mais il est permis de se demander si pour mieux combattre en législation l'idée de continuation de la personne, il n'en exagère pas la portée dans notre Code français. — Une méthode d'interprétation souple, une jurisprudence progressive, ne pourrait-elle s'émouvoir des objections qu'il fait au seul législateur? Le Code n'a pas tout prévu. La où son texte ne nous impose pas de solution formelle, ne vaut il pas mieux s'inspirer du but même de l'institution, des besoins pratiques qu'elle doit satisfaire, que d'une théorie que les auteurs du Code 1804 auraient adopté, dans son entier et avec toutes les déductions qu'il plaira d'en tirer, en consacrant

Examinons quelques-unes des controverses dans lesquelles on doit faire intervenir la continuation de la personne, si on la considère comme indispensable puisque nécessitée par la notion même du patrimoine attribut indissolublement lié à la personne de son titulaire.

La première question est de savoir quel est exactement l'effet du bénéfice vis-à-vis des créanciers. A-t-il pour résultat de restreindre la responsabilité du successible à l'actif successoral *in specie*. Tout droit de poursuite sur les biens propres de l'héritier bénéficiaire est-il absolument refusé aux créanciers? Celui-ci n'est-il obligé que *cum viribus* ou bien, tout au contraire, ce bénéfice a-t-il seulement pour conséquence de limiter l'obligation personnelle du successeur à la valeur de la succession? Le bénéficiaire pourra-t-il être contraint dans cette mesure même sur ses biens propres? En un mot l'acceptant sous bénéfice d'inventaire est-il tenu *pro viribus*? Précisons bien le sens de ces termes techniques. L'actif successoral se compose de biens corporels d'une valeur de 100, supposons le : Admettons un instant l'obligation *pro viribus* de l'héritier bénéficiaire : les créanciers héréditaires auront le droit de saisir sans distinction et ces biens corporels et le patrimoine de l'héritier, mais dès que la valeur des biens saisis équivaudra à 100, leur droit s'arrêtera. L'acceptant bénéficiaire sera libéré. Il n'aura à répondre à aucune réclamation ultérieure. Décidons-nous maintenant en faveur de la responsabilité *cum viribus*. Seuls les biens qui proviennent du défunt pourront être pour-

deux solutions dont elle a été historiquement l'inspiratrice. (Cf. Gény, *Méthode d'interprétation*).

suivis. Le patrimoine de l'héritier restera entièrement à l'abri.

Faut-il admettre l'obligation *cum viribus* ou l'obligation *pro viribus* ?

L'article 802, 1° laisse à l'interprète, liberté à ce sujet. Sa rédaction n'implique pas plus l'adoption de l'un des deux systèmes que celle de l'autre. « L'héritier dit-il, est tenu jusqu'à concurrence des biens héréditaires. »

Si nous suivons la méthode de libre recherche scientifique nous nous pénétrerons de ce qui est le principe même du bénéfice d'inventaire, des nécessités auxquelles il doit répondre, des besoins pour lesquels il a été créé, de son esprit et nous adopterons la solution qui fera rendre à cette institution son maximum d'efficacité.

Le but du bénéfice d'inventaire est de séparer la masse héréditaire des biens de l'héritier ; d'aboutir, dans l'intérêt de celui-ci à une liquidation indépendante de cette masse, seul gage des créanciers. Il est donc d'une bonne interprétation d'établir entre l'hérédité et le patrimoine du successeur une distinction complète, de construire entre eux un mur indestructible, de pousser jusqu'au bout cette idée d'hérédité patrimoine distinct, de ne soumettre à l'action des créanciers que ce patrimoine *in specie* et d'admettre l'obligation *cum viribus*.

Voit-on dans la continuation de la personne un principe nécessaire, et il le faut, si l'on considère tout patrimoine comme l'émanation d'une personnalité, l'on devra repousser cette solution rationnelle et très satisfaisante au point de vue pratique. On dira que le successeur même bénéficiaire continue le défunt, qu'il est personnellement tenu du passif de son auteur. L'on en conclura logiquement que le seul effet du bénéfice d'inventaire est de res-

treindre cette responsabilité personnelle à la valeur de l'actif successoral et l'on se décidera en faveur de l'obligation *pro viribus* (1).

(1) Cf. Dernburg. Preussiches Landerecht, t. III § 233 — Cazelles, thèse citée, p. 208.

M. Cazelles (p. 204) rattache à la différence qu'il fait entre l'obligation *cum viribus* du simple successeur aux biens et l'obligation *pro viribus* qui serait, d'après lui, celle de l'héritier bénéficiaire, un intérêt pratique considérable. Ce serait d'elle que dépendrait la question, fort agitée entre 1873 et 1875, de savoir s'il faut faire payer à l'héritier bénéficiaire qui s'est porté adjudicataire d'un immeuble dépendant de la succession le droit de transcription sur cette adjudication. On sait que la transcription d'un acte est le préambule nécessaire de la purge. Si l'on considère l'héritier bénéficiaire, non comme le continuateur de la personne du défunt, mais comme l'administrateur d'un patrimoine impersonnel : la succession, il faudra admettre qu'il peut purger (*a*). S'étant rendu adjudicataire, il est exactement dans la situation d'un tiers détenteur : il est entièrement dégagé des obligations du défunt. Il a fait passer du patrimoine successoral dans son patrimoine propre cet immeuble. Désormais il le possède à titre nouveau et n'est plus comptable que du prix envers les créanciers. — Il faut admettre la solution contraire si l'on soutient avec M. Valette (*b*) que l'héritier bénéficiaire n'en est pas moins un héritier, c'est-à-dire un continuateur de la personne. Et les partisans de cette seconde opinion ajoutent que même en considérant l'héritier comme un tiers acquéreur on devrait encore lui refuser le droit de purger. L'héritier ne pourrait pas affranchir complètement sa personne des obligations contractées par le défunt, car, dit-on, étant obligé *pro et non cum virilus* il est personnellement obligé. Parce qu'il est personnellement obligé on doit donc lui refuser le droit de purger (*c*).

La jurisprudence (*d*) a reconnu à l'héritier bénéficiaire le droit de

(*a*) Sic : Labbé, *Revue critique de jurispr.*, t. XIX, p. 214 ; Pont, *traité des hypothèques*, n° 1274. — Mourlon, *Transcription*, n° 313 ; Demolombe, t. XV; Aubry et Rau, III, n° 293 bis, note 17, etc.

(*b*) Valette, *Revue pratique*, t. XXXIX, p. 321.

(*c*) Labbé, *loc. cit* p. 331. Colmet de Santerre, *Cours de Droit civil analyt.* t. IX, n. 169 bis, X.

(*d*) *Arrêt des Chambres réunies*, 12 janv. 1875. D. 76. 1. 52.

On s'accorde généralement (1) à reconnaître que l'héritier bénéficiaire n'est tenu que *cum viribus* et non *pro viribus*. C'est un échec pour l'idée de continuation de la personne et pour le concept classique du patrimoine dont elle n'est qu'un aspect.

L'héritier bénéficiaire peut-il ou non compenser sa dette personnelle vis-à-vis d'un tiers, avec les sommes dont ce même tiers est débiteur vis-à-vis de la succession? C'est une seconde question dans l'étude des effets du bénéfice d'inventaire. A notre sens, par l'effet même du bénéfice, l'hérédité doit être considérée comme une masse distincte, un patrimoine autonome. La compensation est donc impossible, car créance et dette ne se trouvent point réunies dans le même patrimoine et ne peuvent dès lors être influencées l'une par l'autre. C'est la solution

purger et donne ainsi préférence au système soutenu par M. Labbé, c'est-à-dire à la distinction absolue du patrimoine successoral soumis à l'administration de l'héritier bénéficiaire, et du patrimoine propre de ce même héritier, à l'obligation *cum viribus*. Elle abandonne donc implicitement dans ce cas l'idée de continuation de la personne et la notion classique du patrimoine qui implique ce maintien de personnalité.

(1) Planiol. *Traité élémentaire*, t. III, 4e éd., nº 2107, p. 445. Cette interprétation peut du reste s'appuyer sur l'article 803, al. 2 (*a contrario*) Voyez Baudry et Wahl, *Successions* (3e éd. 1905), t. II, pp. 182, nº 1257 et 190 nº 1271, avec les renvois à la jurisprudence. Admettent eux-mêmes cette solution MM. Aubry et Rau et Laurent (Aubry et Rau, VI (4e éd.), p. 144, § 618; Laurent nos 76 et 140). — D'autre part, d'après la jurisprudence, l'héritier bénéficiaire peut être poursuivi personnellement pour le payement des droits de mutation par décès non seulement *cum viribus*, mais même *ultra vires*. C'est un manque de logique Cf. Wahl (Baudry, *traité*), *loc. cit.*, nº 1268.

généralement admise par la doctrine (1) et par la jurisprudence.

Un arrêt (2), par contre, partant de la nécessité absolue auquel répondrait le principe de la continuation de la personne, de la notion classique du patrimoine intimement lié à une personnalité, décide que la distinction de deux masses de biens administrés par l'héritier n'est que le résultat d'une fiction, fiction à interpréter restrictivement et paraît même affirmer qu'au cas qui nous occupe, la compensation doit s'opérer. Le bénéfice d'inventaire ne pourrait faire que l'héritier ne continue pas la personne de son auteur. Il ne saurait permettre de voir en l'héritier deux personnes. C'est, dans cette théorie, l'héritier qui est investi des créances successorales, il les compensera avec ses propres dettes.

Une portée exagérée accordée à l'idée de continuation de la personne est susceptible, nous le voyons là encore, de suggérer des solutions contraires au but même du bénéfice d'inventaire, qui devrait aboutir à une liquidation indépendante de la masse héréditaire et la maintenir dans l'intérêt des créanciers telle qu'elle existait à la mort du défunt.

Une autre question souvent débattue au sujet du bénéfice d'inventaire est celle de savoir si le bénéfice de séparation des patrimoines qui résulte de plein droit

(1) MM. Aubry et Rau eux-mêmes, t. VI, p. 449, note 9 ; Cf. Dalloz, *Jurisp. génér. Sup.* Voir *Successions*, n° 111 et D. 85. 2. 9. en note.

(2) Caen, 10 mai 84. D. 85. 2. 9 (motifs).

(3) Cf. Planiol, *Traité élém.*, t. III (4e édit.) n° 2108 bis, p. 445 et les arrêts rapportés — ainsi que Baudry et Wahl, *loc. cit.* n° 1211

de l'acceptation bénéficiaire (3), doit survivre au bénéfice d'inventaire lorsque l'héritier est déchu du bénéfice ou vient plus tard à accepter purement et simplement.

Si l'on voit dans le bénéfice d'inventaire la distinction des deux patrimoines, celui du défunt et celui de l'héritier, distinction naturelle dont la loi tient compte parce que des formalités préalables ont été remplies et empêchent toute confusion de fait entre ces deux masses de biens ; si l'on admet ainsi que la succession forme un patrimoine distinct, indépendant de ce qui regarde la personne de l'héritier, on laissera dans l'intérêt des tiers subsister la séparation des patrimoines malgré la déchéance du bénéfice d'inventaire ou la renonciation du bénéficiaire.

Ainsi en décident la jurisprudence (1) et la majorité des auteurs.

C'est ce même intérêt des créanciers que l'on sacrifiera pour satisfaire aux principes théoriques de la succession à la personne, de l'unité et de la personnalité du patrimoine. Le bénéfice d'inventaire, dira-t-on, n'est qu'une fiction, destinée à protéger les héritiers contre l'obligation aux dettes *ultra vires*. Il laisse subsister la continuation nécessaire de la personne. Il ne saurait faire de la succession un

(p. 156) et note 1. Premier arrêt de Cass. en ce sens, 18 juin 1833. S. 33. 1. 730. Cf. 14 juin 1882. D. 82. 1. 364 — Aubry et Rau, VI, § 619, texte et note 7. Paris, 15 mai 1907. Gaz. trib. 6 sept. 1907 avec note. Tribunal civil de Marseille, 19 mars 1907 (Gaz trib. 19 mars 1908).

(1) V. Arrêts cités dans Wahl (Baudry), t. III, *Successions*, n° 3105, note 1 et de plus Cassat. civ. 20 juin 1908. *Gaz. Pal.* 1908. 2. 7. ; Toulouse, 21 décembre 1903. *Gaz. tr. Midi*, 24 janvier 1904.

patrimoine distinct. Si ce bénéfice, affirmera-t-on, aboutit tant qu'il dure à soustraire l'actif successoral aux créanciers personnels de l'héritier, ce n'est qu'une conséquence de l'obligation où se trouve l'héritier bénéficiaire (et ses créanciers personnels qui le représentent) de rendre compte de l'actif successoral aux créanciers héréditaires et aux légataires. Lors donc que le bénéfice d'inventaire disparaît, ses effets doivent disparaître avec lui. Désormais l'héritier aura le droit de disposer des objets de la succession ; ses créanciers personnels de les saisir et sur eux de se faire payer en concurrence avec les créanciers héréditaires. La séparation des patrimoines ne survit pas au bénéfice d'inventaire (1). Telle est la décision, pratiquement fort regrettable, à laquelle logiquement conduit une importance énorme attachée *a priori* au principe de la continuation de la personne.

La même valeur accordée sans examen à cette doctrine conduit, lorsque plusieurs héritiers sont appelés simultanément à la succession, à des solutions aussi artificielles.

L'institution du bénéfice d'inventaire a pour but de maintenir l'hérédité comme patrimoine indépendant. Cet ensemble de biens doit subsister dans son unité vis-à-vis de tous les héritiars, même vis-à-vis de ceux qui auraient accepté purement et simplement. L'acceptation bénéficiaire d'un seul devrait donc suffire pour conférer à la succession une existence propre au regard de tous les

(1) Demante, t. III. n° 125 bis, I ; Huc, t. V, n° 425 ; Laurent, X, n^{os} 82 et 83 ; Demolombe, XV, n^{os} 171 et s. ; Marcadé, art. 881, n° 1; Baudry et Wahl, III, n° 3105 et renv.; l'art. 2058 du C. civ. Italien, consacre cette solution.

successeurs, pour qu'*erga omnes* on puisse la liquider en tant que masse de biens distincte. En un mot il y aurait unité de régime. La succession toute entière serait liquidée comme succession bénéficiaire.

Au lieu de cette solution satisfaisante et simple, le respect superstitieux accordé au concept de la continuation de la personne, respect dû à son lien intime avec la notion classique du patrimoine, impose ici des résultats étranges : chaque héritier continue la personne du défunt pour sa part et portion. Il y a autant de parts d'hérédité indépendantes que d'héritiers et chacune est soumise à son régime propre. Certaines de ces parts seront donc liquidées selon les règles du bénéfice d'inventaire et pour les autres, le système suivi sera celui prescrit en cas d'acceptation pure et simple (1).

Ce concours de deux modes différents de liquidation serait dans la pratique une inépuisable source de complications infinies, de difficultés insolubles. Il fallait, la logique en subit-elle quelque entorse, rétablir à tout prix l'unité de régime. La séparation des patrimoines, — on l'admet généralement, nous l'avons vu, — existe *ipso facto* vis-à-vis des héritiers bénéficiaires. Cette séparation de patrimoines aura-t elle effet à l'égard des parts des cohéritiers purs et simples? L'esprit de l'institution du bénéfice d'inventaire, son but même, réaliser une liquidation indépendante de la masse héréditaire, militent pour l'affirmative. Si cependant l'on avait suivi jusqu'au

(1) Sur ce point, l'art. 2058 du Code italien décide au contraire que « s'il y a plusieurs héritiers et qu'ils ne soient pas d'accord pour le mode d'acceptation, celle sous bénéfice d'inventaire prévaut pour tous ».

bout les déductions qui se pouvaient tirer de l'idée de continuation de la personne envisagée comme principe absolu, il aurait fallu décider que la séparation des patrimoines concerne seulement les portions successorales échéant aux héritiers bénéficiaires non celles dévolues à leurs cohéritiers purs et simples. On a cherché à éviter ce résultat. « Les héritiers sont *saisis d'une manière indivisible*, a-t-on dit, et dès lors, l'acceptation bénéficiaire de l'un d'eux doit produire son effet sur la totalité de l'hérédité et empêche, tant que celle-ci demeure indivise, toute confusion de parts idéales revenant aux héritiers purs et simples avec le patrimoine de ces derniers » (1). C'est ce que l'on nomme l' « indivisibilité de la saisine ». Derrière ces mots mystérieux (2) n'abrite-t-on pas le maintien de la succession comme patrimoine distinct et impersonnel et un abandon pratiquement nécessaire de l'idée de continuation de la personnalité du *de cujus*? Sous ce couvert, l'hérédité ne cesse point de former un tout. Sans le secours de sa personne, les biens du *de cujus* continuent à constituer un patrimoine et les droits des créanciers héréditaires sur ce patrimoine restent les mêmes que du vivant de leur débiteur. C'est là un rejet implicite du rôle que l'on faisait jouer à l'idée de continuation de la personnalité du défunt et plus généralement de la notion classique de patrimoine, attribut de la personne (3). Si ce concept était fondamental, il faudrait de

(1) Aubry et Rau, *op. cit*, t. VI, texte .

(2) Sur tout ceci, voir Percerou, *loc. cit.*

(3) Le même abandon implicite se retrouve dans Wahl (Baudry), *Successions*, t. II (3e édit.) appuyé d'ailleurs sur des raisons un peu différentes et sans le secours de la notion d'indivisibilité de la saisine.

toute nécessité supprimer, en cas de pluralité des continuateurs de la personne, dès le décès et avant tout partage, l'hérédité comme patrimoine autonome et la diviser immédiatement en autant de parts indépendantes qu'il y a d'héritiers.

Ce n'est point ce qu'admet la jurisprudence. Elle ne s'embarrasse pas ici de prétendues impossibilités théoriques et s'oriente résolument vers l'idée de succession patrimoine indépendant (1). Un arrêt de la Cour de Paris (2) a consacré une solution qui s'en inspire singulièrement. Il décide que, dans le cas de concours entre cohéritiers simples et cohéritiers bénéficiaires, l'administrateur judiciaire, nommé pour remplacer un héritier bénéficiaire qui gérait mal, pouvait comprendre dans son administration toutes les valeurs indivises sans exception des portions de ces valeurs revenant aux héritiers purs et simples. Tout autre système serait impraticable. Que se passerait-il pour le règlement du passif ? L'administration n'en pourrait solder qu'une partie. Pour l'autre partie les créanciers seraient obligés d'agir par des poursuites directes contre les héritiers purs et simples ! C'est cependant ce qu'imposerait la valeur absolue attribuée au

(1) Cass. civ. 18 novembre 1833. S. 33. 1. 817. Cass. civ. 25 août 1858. S. 59. I. 65. — Bordeaux, 6 janvier 1898. S. 98. 2. 189. — La jurisprudence avait même à une certaine époque admis que la séparation des patrimoines continuerait à produire effet à l'égard de tous les cohéritiers *après le partage* (C. civ. Cass. 3 août 57. S. 58. 1. 286 et Caen 21 nov. 1855. D. 56. 2. 295. Mais cet arrêt de la Cour de Caen a été cassé par l'ar. précité du 25 août 1858 qui a fixé la jurisprudence en sens contraire. V. aussi Trib. civ. Marseille, 1re Ch., 13 nov. 1907. *Gaz. Trib.* 19 mars 1908.

(2) Paris, 5 juin 1891. D. 94. 2. 81, note Planiol.

principe de la continuation de la personne, valeur que cette idée emprunte à la notion toute *a priori* du patrimoine émanation de la personnalité.

On a voulu faire dominer cette même théorie dans l'interprétation du bénéfice de séparation des patrimoines. La nécessité d'un continuateur de la personne déduite d'une théorie du patrimoine considérée comme la seule rationnelle paru devoir s'imposer dans cette institution elle-même. Alors que les créanciers héréditaires ont recours à la séparation des patrimoines l'héritier n'en demeure pas moins assure-t-on le continuateur de la personne du défunt. On va voir les conséquences qui découlent logiquement de ce postulat.

Et d'abord, il faut dire que, même en cas de séparation des patrimoines, lorsqu'un inventaire constate exactement la consistance de l'actif successoral et qu'aucune confusion de fait ne s'est produite entre cet actif et le patrimoine du successible, l'héritier reste pourtant personnellement débiteur du passif héréditaire. Les créanciers du *de cujus* conservent le droit de poursuivre ce successeur sur ses propres biens *ultra vires*. En ce sens, on a même cru pouvoir leur permettre d'agir de suite, sur les biens personnels de l'héritier. Ils n'ont pas besoin de discuter auparavant l'actif successoral ni d'attendre la liquidation (1).

Sans aller tous jusque-là, les partisans de la fiction de continuation de la personne accordent au moins aux créanciers héréditaires le droit de venir sur les biens

(1) Dalloz. *Sup. au Rep.* V° *Succ.* n° 958. — Demolombe, t. XVII, n° 221. — M. Wahl (*traité* Baudry-Lacant., III (3e édit.), n° 3192, p. 539) repousse cette dernière solution. Il se base en cela sur l'art. 879.

propres du successible en concours avec ses créanciers personnels (1). Ces solutions ne sont en somme qu'une logique déduction de cette axiome : l'héritier reste, quoiqu'il arrive, continuateur de la personne parce que ce maintien est indispensable pour assurer la transmission universelle du patrimoine du défunt.

Ces deux règles sont, il faut en convenir, peu équitables. Elles accordent aux créanciers héréditaires, et ce au détriment des créanciers personnels du successible, un avantage injustifié. Les créanciers du *de cujus* ont fait crédit au défunt seul, non à son successeur. Ils avaient pour gage son seul patrimoine et non celui de son héritier. Par contre les créanciers propres de l'appelé souffrent un illégitime préjudice. Le patrimoine de l'héritier, sur lequel porte leurs droits, le patrimoine de l'héritier qui est leur garantie, le patrimoine de l'héritier, qui est constitué en partie de leurs deniers va servir à payer en concours avec eux des créanciers qui, n'ont en rien contribué à son augmentation, qui n'ont point fait d'avances à l'héritier en considération de ses biens, dont les droits enfin ne portent point sur lui.

Ces décisions sont en opposition avec l'idée même de séparation des patrimoines, avec le but auquel répond cette création juridique, avec le besoin qui lui donne naissance. Si l'on veut faire rendre à cette institution tout ce qu'elle peut donner, tout ce qu'elle implique, il faut

(1) Demolombe, XVII, n. 155 et 220. — Aubry et Rau, VI, p. 500 et 619, note 64. — Planiol, note D. 91. 2. 193. — Laurent, X, n. 73. Tissier, note S. 96. 2. 18.

Contra Malleville, sur l'art. 881 ; Marcadé sur l'art. 800 n° 6. — Demante, III, n° 223 bis. II. — Duranton, VII, n°s 501 et 507. — Bugnet sur Pothier, VIII, p. 221.

regarder comme séparés d'une façon absolue le patrimoine propre de l'héritier et le patrimoine héréditaire, établir entre l'hérédité et le patrimoine personnel des héritiers une barrière infranchissable. Séparer deux patrimoines, c'est nécessairement séparer les biens et les dettes tout à la fois, distinguer deux masses différentes de biens avec deux masses correspondantes de créanciers. La loi en admettant moyennant certaines formalités la séparation des patrimoines décide implicitement que l'actif de chaque patrimoine servira de gage à ses créanciers à l'exclusion des créanciers de l'autre.

Au reste, pour que les créanciers héréditaires puissent concourir sur les biens de l'héritier avec les propres créanciers de ce dernier, ne faudrait-il pas une disposition formelle de la loi? Telle n'est point, en effet, la solution traditionnelle. Pothier autorisait, il est vrai, les créanciers du défunt à se faire payer sur les biens de l'héritier, mais seulement après que les créanciers personnels de celui-ci avaient été désintéressés (1). Ce recours contre le patrimoine personnel, après le paiement intégral des créanciers du successible, existe sans doute encore aujourd'hui puisque notre droit positif consacre l'obligation *ultra vires* pour l'héritier. Mais le concours des deux catégories de créanciers sur le patrimoine de l'héritier ne s'appuie sur aucun texte. On ne le base que sur des principes théoriques...

A ces raisons *a priori*, l'on a souvent ajouté ceci (2) : « ce que réclament les créanciers de l'héritier, quand ils

(1) Planiol, III (3e éd.) no 2188, p. 469 ; Pothier, *Œuvres*. (Edition Bugnet, VIII, p. 22).

(2) Wahl (dans Baudry, *traité*.....) t. III, 3e édition, p. 537, no 3191.

veulent être payés avant les créanciers de la succession c'est un véritable privilège à l'encontre de ces derniers. Or, il n'y a pas de privilèges sans texte. »

Il a été fort bien répondu qu'aucun texte — pour ce qui concerne les meubles tout au moins — n'accorde aux créanciers héréditaires un privilège qui leur permette d'être préférés sur le patrimoine du défunt aux créanciers personnels du successible, ce qui n'empêche point qu'en cas de séparation des patrimoines tout le monde leur accorde ce droit de préférence.

Nous pensons, à la vérité que pour expliquer l'effet que logiquement renferme l'institution d'une séparation des patrimoines il n'est point besoin de recourir à la notion de privilège. Comprendre cette distinction de deux masses de biens ayant chacune son groupe de créanciers différent comme la mise en œuvre de deux privilèges ; dire que les créanciers héréditaires sont privilégiés sur les biens de la succession, et les créanciers de l'héritier sur les biens propres de l'héritier, c'est encore être dupe de l'idée de continuation de la personne, de la notion du patrimoine, émanation d'une personnalité, c'est considérer biens héréditaires et biens personnels comme formant le patrimoine indivisible de l'héritier continuateur du défunt. L'on est alors amené à cette conclusion : sur ce patrimoine unique il n'est possible de faire une place à part à une catégorie de créanciers que si elle jouit d'un privilège.

A notre sens, il ne faut pas dire qu'il s'agit d'un seul patrimoine mais qu'il est question de deux patrimoines : Les mots séparation *des patrimoines* l'indique nettement. Il y a en regard deux patrimoines : celui du défunt et

celui de l'héritier. Il n'y a en l'héritier qu'une personne, mais sous son administration se trouvent deux masses de biens et d'obligations distinctes, chacune renferme ses dettes propres, chacune forme un ensemble de valeurs actives et passives liées entre elles par ce fait que toutes rentrent ou sont rentrées dans la sphère d'activité d'un même individu, qu'en tous cas, elles ont un même but économique : ici satisfaction des créanciers du défunt, là garantie des créanciers de l'héritier. Dès lors et avec cette autre notion du patrimoine tout change. Plus besoin de parler de privilèges (1). Nous sommes en présence de deux groupes de créanciers dont les créances portent sur deux patrimoines différents, ils se feront réciproquement payer sur les biens qui composent leur gage (2).

Cette conception réaliste permet d'éviter un autre inconvénient de l'idée de continuation de la personne. Personne de l'héritier et personne de défunt se confondent, dit-on, en une seule personnalité indivisible si bien qu'il semble, en l'état actuel, et en l'absence de tout texte, impossible d'empêcher l'héritier de disposer des biens provenant du *de cujus* et de les aliéner comme aurait pu le faire le défunt lui-même. La séparation des patrimoines ne donnerait donc, à en croire M. Percerou (2), qu'une protection insuffisante aux créanciers du décédé. Elle ne les proté-

(1) On trouve il est vrai le mot « privilège » dans l'art. 2111. Cependant l'interprète n'est en rien obligé de lui donner là son sens technique. On sait en effet que les rédacteurs du Code ont souvent employé le mot privilège pour décrire les résultats plus ou moins semblables à ce que seraient ceux d'un droit de préférence quelconque sans entendre par là décider de la nature juridique du fait qui les engendre. Cf. Planiol, II (4e édit.), p. 752, n° 2435 et n° 2929.

(2) *Op. cit.*, p. 607.

gerait point contre les actes de disposition de l'appelé, non seulement parce qu'elle n'est plus possible pour les biens qui ont été aliénés mais aussi par ce que cette séparation, même judiciairement reconnue, n'empêcherait pas, par elle-même, l'héritier de disposer des biens successoraux.

Pousse-t-on au contraire à fond l'idée que suggèrent les faits : dualité de patrimoine entre les mains de l'héritier, l'on dira avec M. Demolombe (1), si « le législateur a autorisé expressément des mesures conservatoires (C. Napo. art. 1017 et 111) sur les immeubles de la succession c'est parce que les immeubles de la succession sont le gage spécial des créanciers du défunt et des légataires et qu'il a compris qu'il fallait que ce gage fut assuré Or, les meubles de la succession sont aussi apparemment le gage spécial des créanciers du défunt et des légataires et il n'est pas moins nécessaire que ce gage soit assuré, d'autant mieux qu'il est plus facile de le détourner et de le soustraire. Donc les mesures conservatoires relativement au mobilier sont aussi bien que relativement aux immeubles une conséquence nécessaire d'une demande en séparation des patrimoines ».

Malgré tous les arguments que l'on pourrait tirer contre elle de la théorie classique du patrimoine, l'interdiction d'aliéner les meubles héréditaires après séparation des patrimoines est admise par la jurisprudence (2).

Sans doute, nous ne le contesterons pas, la séparation

(1) *Successions,* t. V, nº 146.

(2) V. Cass. 8 juin 1863. S. 63. 1. 379. — Cass. 16 août 1869. D. 69. 1. 463. — *Contra*, Laurent, X, n. 12 ; Aubry et Rau, VI, p. 498. § 619 note 60 ; — Wahl (dans Baudry), III, p. 505, nº 3148.

des patrimoines n'est, au point de vue législatif, qu'un palliatif insuffisant ; notre législation successorale s'est trouvée, par le fait de l'évolution historique, imprégnée de l'idée de continuation de la personne. Ce n'est pas une raison pour exagérer la portée de ce concept en lui prêtant l'appui d'une notion du patrimoine regardée comme absolue et nécessaire.

Tels sont, rapidement indiqués, les différents problèmes juridiques dans lesquels la théorie de succession un *patrimoine-personnalité* est susceptible d'entraver la libre recherche et l'interprétation progressive du droit positif.

CHAPITRE IV

L'idée de la continuation de la personne et les législations étrangères. — Conclusion de cette seconde partie en ce qui regarde la notion du patrimoine.

La notion classique du patrimoine a pour conséquence son inaliénabilité complète. Elle oblige, pour éviter les inconvénients de cette inaliénabilité, à avoir recours à la fiction de continuation de la personne.

Les faits observés, — toute abstraction théorique mise à part, — l'on doit regarder l'idée de continuation de la personne comme inutile pour expliquer le droit positif, condamnable en législation, dangereuse pour l'interprétation juridique. Nous croyons l'avoir démontré.

Nous pourrions nous en tenir là et clore immédiatement notre critique du premier caractère du patrimoine selon la doctrine d'Aubry et Rau.

Cependant, pour montrer mieux encore que l'on peut concevoir une transmission du patrimoine à cause de mort indépendante de la succession à la personne ; pour atteindre par là, plus sûrement, l'idée de personnalité du patrimoine, le postulat même de la théorie classique, nous voulons esquisser rapidement quelques vues de droit comparé (droit comparé qui a été étudié à fond par ceux qui ont spécialement approfondi l'idée de con-

tinuation de la personne) (1). Nous n'aurons ensuite qu'à dire quelques mots de l'insuffisance théorique du concept de continuation de la personne et à rechercher ce que cette étude peut révéler sur la véritable nature du patrimoine, découvertes qui pourront nous servir dans la suite de ce travail.

Droit anglais. — Le droit anglais distingue la succession testamentaire et la succession ab intestat. Si le défunt meurt intestat, son patrimoine est géré par un administrateur judiciaire qui paie les dettes puis acquitte les legs, enfin partage s'il y a lieu le reliquat entre les successibles.

Le *de cujus* a-t-il fait un testament, il aura dû nécessairement nommer un exécuteur testamentaire chargé de recouvrer les créances, solder les obligations, en un mot liquider le patrimoine pour remettre aux légataires les parts fixées par le défunt.

On ne peut dire, ni dans l'un, ni dans l'autre cas, qu'héritiers ou légataires continuent la personne du défunt. Ils ne reçoivent que des valeurs actives, nettes, et s'ils supportent les dettes, c'est, non point comme si elles leur étaient propres, mais indirectement et seulement jusqu'à concurrence de la part qui leur est dévolue.

Quant à l'exécuteur testamentaire et à l'administrateur nous ne pouvons pas plus les regarder comme continuateurs de la personne que nous ne considérons comme tel le syndic d'une faillite.

Le droit anglais n'admet pas l'extinction à la mort du

(1) Nous renvoyons à ces auteurs pour le détail. V. Percerou, *op. cit.*; Cazelles, *op. cit* Ce que nous donnons ici est dû à leurs travaux.

(2) Cf. Landtransfer act. de 1897

défunt, des obligations qui grèvent son patrimoine. Il assure jusqu'à sa liquidation, le maintien comme unité de ce même patrimoine et cependant il ne recourt point à l'idée de continuation de la personne. Ce principe d'équité : dans un ensemble de biens qui, à raison de sa destination formait un tout, les valeurs actives ne peuvent être aliénées avant d'avoir servi au payement des dettes qui en sont la contre-partie, suffit à assurer un système équitable de transmission à cause de mort.

Passons au Droit allemand.

Droit allemand. — Le Code civil allemand de 1900 ne consacre en rien le concept de continuation de la personne, l'idée maîtresse dont il procède est celle de succession masse autonome, patrimoine distinct absolument séparé du patrimoine des héritiers (1). Le patrimoine du défunt est transmis à l'héritier tout entier avec son passif comme avec son actif, mais les créanciers héréditaires n'ont droit que sur lui. Il faut le liquider dans l'état où il se trouve à la mort du *de cujus*, recouvrer les créances, payer les dettes, acquitter les charges. Ces diverses opérations terminées, s'il reste quelque chose, l'héritier s'en enrichit ; s'il ne reste rien et que les dettes et charges ne soient pas encore soldées, les créanciers subiront une perte proportionnelle au montant de leurs créances. Ce n'est que justice. La liquidation montre qu'ils ont mis

(1) Sur la liquidation du passif héréditaire en droit allemand, V. Percerou, article précité, *Revue trimestrielle*, p. 811 et suiv. Nous ne pouvons que résumer très succinctement cet article en nous plaçant surtout au point de vue de la notion du patrimoine : vouloir donner plus d'ampleur à cette étude de droit allemand nous entraînerait en dehors du cadre que nous nous sommes tracé.

leur confiance dans un débiteur insolvable puisque leurs créances portent sur une masse de biens insuffisante pour les couvrir.

Ce même concept d'hérédité patrimoine indépendant à liquider comme tel se traduit au point de vue subjectif en cas de pluralité d'héritiers par une communauté sans indivision, la « Gesammte Hand » (1). Point de fractionnement du droit de poursuite avec ses conséquences regrettables. L'hérédité, dans l'état où l'a laissé le défunt, est liquidée. Tant que cette liquidation et le partage de l'actif net n'est pas fait, les héritiers n'ont aucun droit successoral dont ils puissent disposer individuellement. « Au décès d'un individu, son patrimoine disparaît comme facteur économique actif, mais .....il subsiste en quelque sorte à l'état inerte comme masse distincte de bien indivis à liquider (2) » et cela sans le secours d'aucun continuateur de la personne. « Sur cette masse, les héritiers n'ont jusqu'au jour où elle est assurée aucun droit privatif individuel. C'est seulement après la liquidation et le partage terminés que l'actif net ainsi dégagé s'incorpore au patrimoine personnel de chaque héritier et rentre comme élément de ce patrimoine dans la vie normale. » Le système allemand admet donc franchement cette idée imposée par les nécessités de la pratique : le patrimoine ne saurait disparaître avec la personne, il est autre chose que l'émanation d'une personnalité, il trouve ailleurs que dans l'existence de cette personnalité sa raison de subsister comme ensemble de droits et d'obligations intime-

(1) Nous aurons à parler d'une façon moins brève de la *Gesammte Hand*. Dans notre 3e livre, V. *infra*, p. .

(2) Percerou, *loc. cit.* p. 816.

ment liés. L'intérêt du groupe des créanciers maintient pendant sa liquidation ce patrimoine tel qu'il se trouve. La survie du patrimoine à son titulaire, sa transmission à l'héritier se dégagent de la fiction de continuation de la personne (1).

Droit suisse. — Il en est de même dans le Code civil suisse du 10 décembre 1907. Si ce code admet encore en

(1) M. M. Desserteaux, pans son « *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français*, thèse Dijon, 1908, p. 457, 489, cherche à montrer la supériorité du système français de l'indivision sur le système germanique de la *Gesammte Hand*. Remarquons cependant que si cette supériorité lui « paraît peu contestable en ce qui concerne la liquidation des copropriétés qui ne sont ni des hérédités, ni des communautés à liquider entre un époux et les héritiers de l'autre », il ne semble pas qu'il en soit précisément de même dans cette hypothèse qu'il ne nomme que pour l'écarter : liquidation d'une succession. Il avoue que le système allemand est préférable en ce qui regarde les créances et les dettes héréditaires (p. 477). M. Desserteaux assure encore que le débiteur de l'hérédité devrait pouvoir se libérer en payant à tous les cohéritiers ensemble et il ajoute : « Personne ne trouverait la solution abusive si on s'habituait à l'idée que, pendant la liquidation le patrimoine du *de cujus* est censé lui survivre » (p. 478).

Nous ne prétendons pas autre chose. Nous ne croyons pas que le système français de l'indivision avec effet déclaratif du partage doive disparaître complètement. Nous affirmons que le patrimoine du défunt doit lui survivre comme tel pendant sa liquidation (sans qu'il soit besoin, du reste, pour cela de recourir à une fiction).

Il ne rentre pas dans notre sujet de discuter si l'effet déclaratif est préférable à d'autres égards et si l'acte de disposition d'un héritier isolé peut être efficace dans une certaine mesure avec le système de la *gesammte Hand* lui-même.

Nous avons du reste plus en vue une transformation des conceptions doctrinales qu'une innovation législative (hormis en ce qui regarde les articles 1220 et 873 C. c.).

principe l'obligation *ultra vires* de l'héritier qui accepte purement et simplement, il maintient le patrimoine du défunt et en organise la liquidation unitaire quand cela est nécessaire par la procédure dite de *liquidation officielle* (Livre III, titre XVI, ch. IV, article 593 et suivants). En cas de pluralité d'héritiers, il assure l'unité du patrimoine du *de cujus* jusqu'au partage. Chaque héritier n'est point, comme en France, continuateur de la personne du défunt divisée. Le droit de poursuite des créanciers n'est pas fractionné. Comme en droit allemand le patrimoine héréditaire subsiste sous le régime de la « Gesammte hand » ou communauté. Il nous suffira pour le montrer de reproduire les articles 602 et 603.

« Art. 602. — S'il y a plusieurs héritiers, tous les droits et obligations compris dans la succession restent indivis jusqu'au partage.

Les héritiers sont propriétaires et disposent *en commun* des biens qui dépendent de la succession, sauf les droits de représentation et d'administration réservés par le contrat ou la loi.

A la demande de l'un des héritiers, l'autorité compétente peut désigner un représentant de la communauté héréditaire jusqu'au moment du partage.

Art. 603. — Les héritiers sont tenus solidairement des dettes du défunt. »

Le discrédit dans lequel est tombé aux yeux des législateurs modernes le concept de continuation de la per-

(1) Sur « le partage et la transmission intégrale dans le Code civil Suisse », voir article de M Saleilles, *Revue trim.* 1909, III, p. 537 et suiv.

sonne nous oblige à rechercher ce que vaut ce concept au point de vue théorique.

On lui assigne un but; on s'appuie sur sa nécessité. Sans lui, semble-t-il, le maintien des droits personnels après la mort du débiteur serait impossible. Morte la personne, le patrimoine s'anéantirait. Grâce à la continuation de la personne tous les liens juridiques complexes qui enserraient le *de cujus* sont conservés.

La continuation de la personne satisfait-elle à ce but pour lequel on la crée? Evidemment non! Ce n'est qu'une fiction! Elle ne fait que cacher un résultat admis sous la pression des besoins pratiques mais qui contredit les idées théoriques régnantes. Elle ne l'explique pas. Une fiction n'est pas une explication. Elle ne saurait ici résoudre l'opposition entre les deux principes: personnalité et patrimonialité de l'obligation.

Le droit se présente-t il sous l'aspect d'un rapport immuable entre une personne et une autre, entre une personne et une chose, il est certain que si l'un des termes vient à manquer, si la personne meurt, le lien disparaît. Le droit est alors inaliénable et le patrimoine, ensemble de droits actifs et passifs liés entre eux par une qualité commune, sera, comme les éléments mêmes qui entrent dans sa composition, intimement lié à la personne de son titulaire et par conséquent intransmissible. Ces déductions logiques sont rigoureuses. Elles doivent être nécessairement l'expression d'une incontestable vérité si toutefois leur point de départ est certain.

D'un autre côté, l'inaliénabilité du patrimoine dans son ensemble, même *mortis causa*, l'extinction des créances à la mort du débiteur, des dettes à la mort du créancier, l'intransmissibilité de l'obligation sont con-

damnées depuis longtemps et avec toute raison. Semblables solutions seraient contraires aux notions les plus élémentaires du crédit.

Telle est l'antinomie que cache le concept de continuation de la personne. Sans doute cette fiction a eu son utilité historique, mais elle ne saurait rendre compte de la transmissibilité *mortis causa* d'un patrimoine intransmissible.

En réalité puisque l'aliénabilité du patrimoine à la mort de son titulaire, est la seule solution admissible dans l'état économique actuel, c'est donc que la notion même du rapport de droit dont son intransmissibilité était la conséquence logique, est fausse, ne répond plus à ce même état économique. Son inexactitude provient justement de l'exagération de ce caractère qui oblige à admettre l'inaliénabilité. Elle consiste à accorder trop d'importance à l'élément personnel dans le droit, à ne regarder le rapport de droit que comme lien individuel. Le patrimoine qui, composé de droits leur emprunte sa nature et ses qualités, paraît dès lors indissolublement attaché à un individu comme eux.

Que, sans le secours d'nne personnalité destinée à le conserver comme tel, le maintien des droits et obligations dans cet état d'interdépendance complexe que nous nommons patrimoine soit en partie consacré par le droit français : que l'admission ouverte de ce maintien soit désirable en législation ; qu'elle soit possible et déjà réalisée dans plusieurs codes étrangers voilà la première leçon qui se dégage de cette étude sur l'idée de continuation de la personne.

Que l'obstacle théorique à l'admission ouverte du con-

cept de patrimoine indépendant de la personnalité, survivant à sa disparition, soit en fin de compte, dans l'idée que l'on se fait du rapport de droit, telle sera la seconde.

Notons les deux points ainsi découverts. Ils nous serviront de repère dans le cours de notre travail.

LIVRE II

CRITIQUE DE L'IDÉE D'INDIVISIBILITÉ DU PATRIMOINE

CHAPITRE PREMIER

Divisions du patrimoine admises par MM. Aubry et Rau.

« Le patrimoine est en principe un et indivisible. comme la personnalité même » (1),enseignent MM. Aubry et Rau. C'est l'affirmation d'une partie essentielle de leur théorie, d'un important aspect de leur pensée maîtresse : « le patrimoine est dans sa plus hate expression la personnalité même de l'homme considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer ».

La critique de l'idée d'unité ou d'indivisibilité du patrimoine fera l'objet de notre second livre.

Nous étudierons les nombreuses exceptions à la règle de l'indivisibilité que sont obligés de constater MM. Aubry et Rau ; nous les classerons, non sans avoir montré comment la présence de ces dérogations ruine le principe dans son entier. Il faudra ensuite rechercher s'il n'existe parfois dans un même patrimoine d'autres divisions encore, qu'elles soient exigées par les nécessités d'une liquidation ou créées par l'affectation spéciale de certains biens, affectation qui tantôt se traduira par une inaliéna-

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, IV, p. 232.

bilité et tantôt sera protégee par une administration particulière. Une question se posera enfin. Cette division d'un patrimoine en plusieurs masses patrimonales distinctes peut-elle être opérée par la volonté de l'homme; et si oui, dans quelles conditions et avec quels effets ?

Le premier reproche que l'on peut faire au principe d'indivisibilité du patrimoine tel que le formulent MM. Aubry et Rau, c'est d'être beaucoup trop général et par celà-même de ne donner qu'une explication incomplète du droit positif.

De fait, MM. Aubry et Rau avouent que, « bien que le patrimoine soit en principe un et indivisible, notre droit reconnaît cependant certaines universalités juridiques qui s'en distinguent » (1) Cet aveu renferme la condamnation du principe lui-même. Si vraiment le patrimoine n'est pas « susceptible à raison de l'unité de la personne de se partager en plusieurs universalité juridiques distinctes les unes des autres » (2),comment notre droit pourrait-il réaliser cette division ? La notion même de patrimoine émanation de la personnalité est donnée comme absolue et nécessaire. Elle n'emprunte rien au droit positif. Placée au dessus de lui, elle doit le dominer. S'il est de la nature même du patrimoine d'être indivisible comme la personne humaiue dont on en fait un reflet,comment les droits positifs, peuvent-ils réaliser cette division ? Le législateur peut consacrer des solutions irrationnelles, il peut se prononcer contre l'équité, mais par quel moyen pourrait-il rendre divisible une chose qui de sa nature est indivisible ? Le seul fait que MM. Aubry et Rau soient,

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 235.
(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 232.

— dans une mesure qu'ils s'efforcent en vain de restreindre, — obligés d'admettre une certaine divisibilité du patrimoine démontre que l'idée d'indivisibilité n'a pas la valeur qu'ils lui attribuent. Et cela nous revèle en même temps, que, dans la réalité, le patrimoine n'emprunte point ses qualités essentielles à la personnalité humaine Un élément important de la théorie de MM. Aubry et Rau, théorie qui toute entière repose sur un lien très étroit établi entre la personne et le patrimoine trouve donc ici, et dans l'exposé même des éminents auteurs, sa critique.

Ce n'est pas au seul point de vue spéculatif qu'est condamnable la théorie du patrimoine indivisible. L'examen des hypothèses dans lesquelles MM. Aubry et Rau reconnaissent qu'une division du patrimoine s'opère, ainsi que l'étude d'autres situations juridiques qui se traduisent par la distinction dans un même patrimoine de plusieurs masses de biens, de différents groupes de valeurs affectés à des buts séparés, montreront que l'affirmation *a priori* d'un principe tel que l'indivisibilité du patrimoine, peut tantôt ne rendre qu'un compte insuffisant des solutions légales et unanimement admises, tantôt mettre ici encore obstacle à une interprétation justement progressive du droit.

§ 1. — *Bénéfice d'Inventaire et Séparation des patrimoines.* — Dans notre critique de l'idée de continuation de la personne, nous avons vu que, par l'effet des bénéfices d'inventaire ou de séparation des patrimoines, les biens héréditaires et les biens personnels de l'héritier peuvent et doivent être envisagés comme formant deux patrimoines distincts. C'est peut-être la solution qui s'imposerait en législation indépendamment même de ces bénéfices. C'est en tout cas la solution, nous croyons

l'avoir prouvé, qu'impose, même sur le terrain du droit positif, l'étude des divers problèmes soulevés au sujet de ces deux institutions. Nous n'avons pas à reprendre cet exposé. Il fallait cependant le rappeler ici, Il est nécessaire de montrer comment il implique la divisibilité du patrimoine : les biens qui composent l'hérédité sont entrés dans le patrimoine de l'héritier, l'on doit done dire que, ce patrimoine se décompose en deux masses de biens distinctes. Ce fractionnement, MM. Aubry et Rau l'admettent, mais imbus du principe de l'indivisibilité du patrimoine, ils ne l'admettent qu'à regret et « sous certains rapports » (1). On est aussitôt amené à ne voir dans cette division d'un patrimoine naturellement indivisible qu'une *fiction*. Des solutions peu équitables découlent logiquement de ce point de vue restrictif. Elles ont déjà été examinées. Nécessité de la continuation de la personne et indivisibilité du patrimoine se rencontrent là. Ce sont deux aspects de la même confusion de l'idée de patrimoine avec la notion de personnalité.

Dans cette première hypothèse la division qui s'opère dans un patrimoine est temporaire. Elle a pour but d'assurer la liquidation indépendante d'un ensemble de valeurs reliées par le fait d'une administration commune antérieure. Tels sont les remarques que nous permettent l'analyse de cette situation.

§ 2. — *Retour légal.* — L'unité du patrimoine hérédité se trouve encore rompue, MM. Aubry et Rau doivent l'avouer, par l'existence du retour légal. « Les biens,

(1) «... C'est ainsi que par l'effet du bénéfice d'inventaire ou de la séparation des patrimoines, les biens qui composent une hérédité restent, sous certains rapports, séparés du patrimoine de l'héritier dont ils font cependant partie » Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 234.

disent-ils, auxquels certaines personnes sont appelées à succéder en vertu d'un droit de retour légal forment une universalité distincte du surplus de l'hérédité (1). » De fait il y a si bien deux ensembles de droits différents qu'il y aura deux successions tout à fait indépendantes l'une de l'autre. C'est à ce point que si l'ascendant est appelé comme héritier à la succession ordinaire, il peut accepter la succession anormale et refuser celle-ci (2). Réciproquement, il peut accepter la seconde en renonçant à la première.

Les successeurs anomaux sont des successeurs universels (3). Ils recueillent non des biens pris individuellement mais un tout.

Ce petit patrimoine, qu'ils reprennent, a figuré dans l'ensemble des biens du défunt. Il fait partie du gage des créanciers héréditaires. L'héritier anormal sera donc obligé de contribuer au payement de ces dettes dans la proportion de son émolument ; c'est-à-dire dans la

(1) Aubry et Rau, *op. et loc. cit.* § 574, p. 234. Cf. § 608, pp. 351 et 352 et § 640 *bis*, note 5, p. 719.

(2) *Sic* Planiol, III, n° 1920, p. 384 ; Wahl (traité Baudry), *Successions*, t. I, n° 697, p. 524. Aubry et Rau, t. VI, p. 719, § 640 *bis*, note 5 ; Cass., 18 août 1869, S. 70. 1. 69, etc.

(3) Regardent le successeur anormal comme un successeur universel. Aubry et Rau, p. 352, § 608 et note 32. Demolombe, XIII, n° 481 *bis* et 550. Wahl (traité Baudry), *Successions*, I, p. 519, n° 691 et suiv. — *Contra*, Laurent, IX, n° 195. En conséquence, Laurent (*loc. cit.*, n° 200) ne fait pas contribuer le successeur anormal, qu'il regarde comme un successeur particulier, aux charges héréditaires. — Planiol, n° 1906, mais solution contraire au n° 2071.

(4) Aubry et Rau, VI, n. 723, § 640 *bis* et notes 16 et 17. *Sic* Laurent, n°s 197 et 201. *Contra* : En faveur de l'oblig. *ultra vires*, Demolombe, XIII, n°s 482 et 552, XV, n. 120 ; Wahl, *Successions*, I, p. 517, n° 689.

proportion de la valeur des biens par lui recueillis comparée à la valeur intégrale de l'actif laissé par le *de cujus*.

Dans notre législation le caractère commun qui fait, au point de vue successoral, des biens objets du retour légal un ensemble distinct du reste de l'hérédité n'est point celui de *valeurs* affectées à un même but, mais de *biens* destinés à revenir à l'ascendant dont ils proviennent. Ici en effet ces biens, tout en faisant partie d'une universalité sont envisagés en eux-mêmes et non en tant que valeurs pécuniaires. Leur qualité commune ils la tirent de l'affection présumée de l'ascendant pour chacun d'eux pris individuellement et matériellement (1). L'article 747 décide que l'ascendant a droit aux seuls objets par lui donnés, qui se retrouvent *en nature* dans la succession. C'est que la qualité d'objets ayant appartenus à l'ascendant n'est nullement applicable à la chose acquise, par voie d'échange, à la place de l'un d'eux, ou en emploi de son prix. Si les ascendants recueillent la créance du prix encore dû, cela s'explique par ce fait qu'avec le droit au prix ils recueillent les actions en résolution ou en nullité qui en sont inséparables. Ils pourront, le cas échéant par l'exercice de celles-ci reprendre le bien auquel, la loi le présume, ils tiennent particulièrement.

On pourrait du reste comprendre une législation qui, à la différence de la nôtre, regarderait le petit patrimoine, faisant retour à l'ascendant comme uniquement composé de *valeurs* provenant de cet ascendant. Cette qualité appartiendrait alors à tous les biens acquis en échange ou remploi d'un bien donné. Tous ces biens rentreraient dans la succession anomale.

(1) Cf. Demogue : Essai d'une théorie de la subrogation universelle, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901.

Remarquons enfin qu'à raison de sa fonction particulière, du caractère commun très spécial des biens qui le forment, le petit patrimoine qu'est la succession anomale ne peut contenir de dettes qui lui soient propres et qui fassent avec lui un tout inséparable. Ce n'est que comme portion du patrimoine du descendant qu'il renferme une fraction de dettes correspondant à son importance.

§ 3. — *Substitutions fidéicommissoires permises et majorats.* — Les biens grevés de substitution, tous destinés à la réalisation d'un même but économique et social, forment un patrimoine à part. Un administrateur est nommé. Un inventaire fixe la consistance de ce patrimoine. Celui-ci devra se retrouver tel à l'ouverture du droit des appelés (art. 1058). Une publicité spéciale (art. 1059) fait connaître aux tiers la séparation de deux patrimoines distincts qui va se produire dans l'ensemble des biens du grevé.

Cette séparation intéresse ici, en effet, les créanciers, car, à la différence de l'hypothèse précédente dans laquelle le petit patrimoine spécial objet du droit de retour légal, rentrait véritablement dans le patrimoine général dont il était une division, faisait partie du gage des créanciers de ce patrimoine général, pouvait être irrévocablement saisi par eux en même temps que les autres biens, le patrimoine de substitution est, en raison du caractère même de sa destination, indisponible. Sans doute, les créanciers du grevé peuvent saisir les biens substitués (1) et les vendre pour se payer sur leur prix, mais la vente ainsi opérée ne préjudiciera en rien aux

(1) Orléans, 1er février 1876, D. 78. 2.95 ; Bordeaux, 3 mai 1877, S. 77. 2. 238. Colin (Baudry), *Donations,* II, nº 3345.

appelés. Les droits réels acquis par les tiers sur tout ce qui fait partie du patrimoine de substitution, ne sont pas opposables aux appelés. En réalité (et sous la condition que le droit de l'appelé s'ouvre), les biens substitués n'entrent pas dans le patrimoine proprement dit du grevé; les créanciers de celui-ci ne peuvent compter sur eux pour se faire payer de leurs dettes, aussi les appelés, en les recueillant, ne deviennent-ils point débiteurs d'une part des dettes du grevé correspondant à leur valeur active.

Ce sont les biens pris en eux-mêmes qui sont affectés aux besoins éventuels des appelés. La loi n'a pas voulu les considérer au seul point de vue de leur valeur économique. Le grevé, qu'elle suppose dissipateur aurait pu les remplacer par des valeurs inférieures. On sait, en effet, que l'équivalence de valeur n'est qu'approximative dans les contrats commutatifs ; la rescision pour lésion n'est admise qu'exceptionnellement et encore ne tient-on compte que des lésions considérables. Cependant, dans certains cas et sous certaines conditions, l'aliénation des biens faisant partie du patrimoine de substitution est permise, peut être valablement opérée. Ne doit on pas présumer que pour ce cas exceptionnels, la donataire a entendu que les deniers provenant de l'aliénation ou la chose acquise en emploi, revêtent l'affectation qui était celle de la chose aliénée. Ce prix, cette acquisition feront partie de l'ensemble des biens que réunit leur commune qualité de biens grevés, du patrimoine de substitution ou de majorat. La loi, dans les articles 1065 et suivants du Code civil, a admis qu'il en serait ainsi pour les substitutions permises en cas d'emploi des deniers comptants (1) et la

(1) Deniers qui se trouvaient dès l'origine dans le patrimoine de substitution.

jurisprudence décide de même au sujet des majorats en cas d'aliénation d'un bien avec remploi (1).

§ 4. — *Patrimoine de l'absent après l'envoi en possession provisoire ou définitif* : I. — Suivant l'opinion de certains auteurs, la DÉCLARATION D'ABSENCE donne lieu, en ce qui concerne les rapports des envoyés en possession et des tiers à l'ouverture de la succession de l'absent. Les biens, par celui-ci possédés au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, doivent être considérés, au regard des tiers, comme ayant passé par voie de succession dans le patrimoine des envoyés en *possession* (2).

Il faut alors admettre que cette transmission a lieu seulement sous la condition résolutoire du retour de l'absent ou la preuve de son décès, qu'il n'y a pas confusion complète entre les biens provenant de l'absent et les biens personnels de l'envoyé en possession (3). Ces deux ensembles de biens continueront à avoir une existence distincte. A certains points de vue, ils formeront *deux patrimoines séparés*.

Faute d'en décider ainsi, l'on devrait consacrer des solutions toutes différentes de celles que l'équité et l'étude objective des situations doivent inspirer à l'interprète.

En effet, si l'on estime que l'envoi en possession donne lieu à une ouverture provisoire de la succession de l'absent et que, d'autre part, on se refuse à admettre la division du patrimoine de l'héritier en deux petits patrimoines différents, l'on décidera logiquement que les en-

(1) V. Cass., 3 février 1841 (S. 41. 1. 200).

(2) Aubry et Rau, I (5e édit.), p. 928. Demante. I, no 159 *bis*, II.

(3) C'est ce que font MM. Aubry et Rau, *op.* et *loc. cit.*, note précédente.

voyés en possession sont tenus de payer les dettes du disparu sur leurs biens personnels comme sur ceux de l'absent, au delà des forces de cette sorte de succession. Et c'est cependant une solution que tout le monde repousse (1).

De même si l'on regardait le principe d'indivisibilité comme absolu parce que fondé sur la notion même de patrimoine, il faudrait permettre aux créanciers personnels des envoyés en possession provisoire d'exercer leurs droits sur les biens compris dans l'envoi en concours, avec les créanciers de l'absent. Les créanciers chirographaires de l'envoyé seraient admis à saisir les biens de l'absent au même rang que ceux du disparu ; ce qui serait tout à fait inadmissible.

La plupart des auteurs ont pu éviter de telles conséquences tout en maintenant strictement le principe de l'indivisibilité du patrimoine. Ils décident que les biens de l'absent n'entrent point dans le patrimoine de l'envoyé. Il n'y a aucune transmission. L'envoyé détient le patrimoine de l'absent à titre d'administrateur, il n'y a en droit aucune confusion possible entre les deux masses de biens, pas plus qu'entre le patrimoine du tuteur et celui de son pupille (2). Nous n'avons pas à discuter ici la question de savoir si l'envoi en possession provisoire opère ou non ouverture de la succession de l'absent. Il suffit à notre critique de la notion classique du patrimoine de remarquer que si cette seconde théorie respecte l'idée d'indivisibilité du patrimoine, elle infirme singu-

(1) Demolombe, II, n° 136, *b* et *c* ; Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 93 et 932 (t. I, 5e édit.).

(2) *Sic* Planiol, *Traité*, III, n° 2487 ; Houques-Fourcade (Baudry), *Des personnes*, t. II, p. 310, n°s 1159 et suiv. ; Huc, I, n° 438 ; Laurent, n° 197.

lièrement un autre principe de la doctrine classique, celui-ci : tout patrimoine appartient à une personne. Le patrimoine de l'absent, s'il n'est pas à l'envoyé, n'emprunte son existence qu'à une personnalité hypothétique, personnalité dont personne n'a le droit d'affirmer l'existence. D'autre part, les biens que l'absent, s'il est vivant, pourra acquérir dans sa nouvelle résidence ne formeront-ils pas d'une certaine façon un patrimoine distinct, au moins en fait, du patrimoine délaissé ?...

II. — Quelque opinion que l'on ait de l'effet de l'envoi en possession provisoire, il faut bien admettre que par l'ENVOI DÉFINITIF en possession, les envoyés sont complètement investis du droit auquel le décès de l'absent aurait donné ouverture. Ils doivent en principe être regardés comme propriétaires incommutables des biens du disparu (1).

Si l'on n'admet point l'existence de deux patrimoines distincts dans la masse des biens de l'envoyé, comment justifiera-t-on la limitation apportée à son obligation au paiement des dettes de l'absent?

On sait en effet que selon une opinion presque unanime (2), l'envoyé définitivement en possession n'est tenu des dettes de l'absent que sur le patrimoine même de celui-ci et *intra vires*.

Dans l'état actuel de notre législation qui consacre en principe l'obligation *ultra vires* lorsqu'il n'y a eu ni bénéfice d'inventaire ni séparation des patrimoines, cette

(1) H. Fourcade (Baudry), *Traité des 1 ers.*, t. II, p. 359, n° 1224 ; Aubry et Rau, I, § 157, p. 943, n^os^ 2 et 3 et p. 949 ; Demolombe, II, n° 154 ; Planiol, III, n° 2495

(2) Aubry et Rau, I, § 157, p. 944, n. 5 ; Laurent, II, n° 226 ; Huc, I, n. 443.

solution est injustifiable (1), si l'on ne se décide à admettre — ce qui est en somme conforme à la réalité — que le patrimoine de l'absent continue à certains points de vue à avoir une existence indépendante du patrimoine personnel de l'envoyé et à former un tout distinct de ses biens personnels. Aussi ne faut-il pas nous étonner de voir M. Planiol (2) rejeter comme illogique l'obligation limitée *intra vires* du possesseur après envoi définitif.

Nous admettrons au contraire qu'il n'y a point dans le patrimoine de l'envoyé, l'unité décrite par la doctrine classique. L'ensemble des biens provenant de l'absent revêt une qualité particulière. Ce patrimoine, tel qu'il existe au moment des dernières nouvelles, constitue une valeur distincte, une *valeur d'affectation* (3). Au reste,

(1) Houques-Fourcade (Baudry, *Personnes*, II, n° 1227), sans rejeter la solution, réfute, et non sans quelque raison, tous les arguments donnés dans le système classique en sa faveur.

(2) Cf. Planiol, III, n° 2494, p. 559.

(3) Selon l'expression de M. Demogue (Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle, *Revue critique* de 1901, p. 245 et suiv.).

M. Demogue, toutefois, ne fait pas rentrer les biens qui nous occupent dans la catégorie des *valeurs d'affectation*.

Il distingue en effet dans les cas où la subrogation s'opère, deux séries :

1° Biens soumis à une *affectation spéciale* et qui ont été aliénés. Lorsque ces biens ne sont soumis à cette *affectation* qu'en tant que *valeurs* pécuniaires, les biens nouveaux qui les remplacent matériellement représentent, eux aussi, cette valeur et conservent la même affectation.

2° *Biens sujets à restitution*. Il n'est plus question d'affectation, mais d'*origine*. L'acquisition en remploi a été faite par un autre que l'ex-propriétaire des biens aliénés. Le véritable propriétaire devra

cette division dans le patrimoine concerne moins, cette fois, les biens matériels en eux mêmes que la valeur pécuniaire qu'ils représentent. C'est cette valeur que l'absent doit retrouver à son retour. Aussi l'aliénation à titre onéreux par l'envoyé des biens rentrant dans le patrimoine du disparu est-elle possible. Elle émane alors d'un véritable propriétaire (1), elle est définitive. Par contre, l'absent s'il reparaît aura droit à la contre-valeur acquise par l'envoyé : au prix, ou au bien acquis en remploi. Le bien acquis en échange d'une valeur affectée à la satisfaction de l'absent en cas de réapparition, sera affecté au même but.

subir l'aliénation, mais il exerce son droit sur les biens que l'aliénateur a acquis en échange ou en remploi du prix.

C'est dans la seconde catégorie d'hypothèses que M. Demogue classe la subrogation qui se produit en cas d'aliénation par l'envoyé d'un bien figurant dans le patrimoine de l'absent.

A notre sens, l'aliénation est, en ce cas, faite par un vrai propriétaire : l'envoyé.

La grande majorité des auteurs regarde l'envoyé après mise définitive en possession comme propriétaire (voir note suivante), et ce, non seulement à l'égard des tiers. mais encore, quoique d'une façon révocable, à l'égard de l'absent lui-même.

En réalité, et comme paraît lui-même le penser M. Demogue, il n'y a point séparation absolue entre les deux groupes d'espèce. La division proposée est, somme toute, assez artificielle. Ne s'agit-il pas toujours de valeurs d'affectation? (En ce cas, valeurs affectées aux besoins de l'absent s'il est encore vivant). D'autre part, l'intérêt du départ à faire entre deux ensembles de biens affectés à des buts différents ne se présente-t-il pas toujours en cas de restitution de l'un des deux patrimoines (communauté et propres des époux à la *dissolution* du mariage, *révocation* d'une fondation mise à la charge d'une personne morale. Cf. Dijon, 30 juin 1893, S. 94. 2. 185), etc.

(1) Aubry et Rau, I, § 157, p. 943, n. 3 *bis* ; Laurent, II, n° 227 ; Houques-Fourcade (Baudry), *Personnes*, II, n° 1229, p. 358.

Il fera partie de l'ensemble des biens que relie entre eux cette commune destination.

L'incertitude dans laquelle on se trouve de l'existence du disparu, la prévision de son retour maintiennent dans le patrimoine de l'envoyé une certaine division en deux patrimoines distincts. L'affirmation de sa vie et la réalisation de cette éventualité rendra ces deux masses patrimoniales complètement indépendantes.

*
* *

Hérédité (lorsqu'il y a eu séparation de patrimoine ou acceptation sous bénéfice d'inventaire), biens objets d'un droit de retour légal, biens possédés par un absent lors de ses dernières nouvelles, biens compris, soit dans un majorat, soit dans une substitution, tels sont, suivant MM. Aubry et Rau, les quatre ensembles de biens que « *notre droit* » distingue dans le patrimoine encore que celui-ci soit en principe un et indivisible (1).

Ces groupes de biens, les savants auteurs, les désignent sous le nom d'*Universalités juridiques*. Nous les avons appelés : *petits patrimoines*.

Il nous a paru en effet qu'il n'y avait pas de différences essentielles entre ces groupes de biens et le groupe des biens d'une personne. MM. Aubry et Rau le reconnaissent implicitement en faisant entrer les mots « universalité de droit » dans leur définition du patrimoine : « Le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne envisagés comme formant une universalité de droit ». Pour eux, l'universalité de droit serait un genre, le patrimoine en serait une espèce particulière.

(1) Aubry et Rau, cité VI, p. 234 ; II (5e édit.), p. 3.
(2) Aubry et Rau, *op.* et *loc. cit.*, VI et II.

Cette conception nous paraît inexacte et dangereuse. Inexacte parce que le caractère sur lequel on prétend appuyer la division que l'on veut opérer dans les universalités de droit n'est générateur d'aucun effet juridique particulier. — L'universalité des droits appartenant à une personne ne doit point recevoir un nom spécial. La présence de la personne - notre première partie l'a déjà prouvé, notre troisième partie le montrera également — n'a point pour résultat d'ajouter à l'idée d'universalité des caractères profonds qui spécifient cette hypothèse, et la séparent d'autres plus ou moins analogues dans lesquelles le concept d'universalité aurait été complété par des notions différentes, créatrices de règles juridiques.

Cette terminologie vicieuse nous paraît de plus, dangereuse. Et d'abord elle laisse croire que l'universalité des biens d'une personne est une universalité qui par des qualités propres et les lois spéciales auxquelles on la doit soumettre, s'oppose aux autres universalités. Or il n'en est rien. De plus, à force de mettre à part l'universalité des biens d'une personne sous le nom de patrimoine, l'on a fini par croire que ce cas particulier à lui seul absorbait et épuisait la notion d'universalité de droit. Des autres universalités, qui souvent cependant n'en diffèrent pas au point de vue juridique, l'on a fait en quelque sorte des anomalies, des créations arbitraires « des lois positives » (1). C'était dire que le nombre en serait extrêmement limité et que tout ce qui les concernait devait être soumis à l'interprétation la plus restrictive. Puis, prenant dès lors le mot patrimoine comme synonyme

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, II, p. 3.

absolu des termes universalité de droit, l'on est venu à affirmer « que les personnes physiques ou morales ont seules un patrimoine », pure tautologie et évidente nécessité si sous le mot de patrimoine on ne désignait que l'ensemble des biens *d'une personne !..* phrase qu'il faut traduire ainsi : il n'est point en principe d'autre universalité de droit que l'ensemble des biens appartenant à une même personne physique ou morale. « Patrimoine » est désormais confondu dans le langage courant avec « universalité » et c'est en vain, qu'à la suite d'un véritable jeu de mot, l'on voudrait attribuer à toutes les universalités de droit la qualité d'être attachées, par définition même, à une personne qualité, (au reste secondaire,) qui avait servi à caractériser l'une d'elles et à la pourvoir d'un nom particulier, appartenant depuis à toutes !

Un rapide exposé critique de la notion d'universalité permettra d'expliquer pourquoi dans ce chapitre et dans les chapitres suivants nous avons employé et employerons de préférence les mots *patrimoines*, *petits patrimoines* pour désigner certains ensembles de biens que l'on classe habituellement sous le terme d'universalité de droit.

Ce que tout le monde entend par universalité c'est une masse de biens constituant un tout : c'est-à-dire susceptible d'être traitée à certains égards comme un élément unique.

L'on distingue parfois entre l'universalité *de fait* et l'universalité *de droit*. On a proposé même d'ajouter une troisième division : l'universalité simplement *juridique* (1). Comme université de fait, on cite un troupeau,

(1) Gombeaux, *La notion juridique du fonds de commerce*, thèse Caen, 1901 ; M. le doyen Bailly à son cours (*Dr. commercial complémentaire*).

une bibliothèque ; sous le nom d'universalité de droit on décrit généralement l'héridité, la dot. A l'idée d'universalité juridique correspondrait le fonds de commerce.

Chercher au moyen de quel *criterium* l'on peut séparer ces diverses sortes d'Universalités, c'est livrer le concept d'universalité à un examen susceptible d'en dégager l'utilité pratique et la valeur théorique. Tel est le travail auquel se sont livrés plusieurs jurisconsultes en Allemagne (1) puis en France. Ils sont arrivés à des résultats négatifs, à cette conclusion qu'aucune distinction ne doit être faite entre les universalités de droit et les universalités de fait (2).

Les universalités de fait, dit-on souvent, sont créées par la loi: les universalités de droit par la volonté de l'homme. Si l'on prend au hasard, une universalité de droit, la dot et une universalité de fait, le cheptel — on verra que l'une et l'autre doivent leur existence à la fois à la loi et à la volonté humaine. « La dot, dit l'article 1540 C. C., est *le bien* que la femme apporte au mari pour supporter les charges du ménage ». L'on peut dire que la loi institue ici une universalité qui sera traité comme un seul bien : la dot. Il faut cependant ajouter que la volonté humaine intervient pour déclarer les objets qui seront dotaux. — Le cheptel est lui aussi déterminé quant à sa nature, à sa quantité par la convention. La loi n'en traite pas moins en termes qui pourraient, comme pour la dot, impliquer création d'une uni-

(1) En particulier, Mühlenbruch, *Programma observat. jur Rom. Spec.* ; et *Archiv. f. civil Praxis*, t. XVII, p. 321 et suiv.

(2) Cf. Windscheid, *Pandecten*, I, § 42, notes 2 et 6.

versalité : « « Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre *un fonds* de bétail, pour le garder etc... » (article 1800) ; « si *le cheptel* périt en entier... » (article 1810).

On a dû chercher ailleurs une base qui permette de distinguer les deux sortes d'Universalités sinon dans leurs causes au moins dans leurs effets. L'universalité de droit permettrait seule la revendication générale : à elle seule, d'autre part, s'appliquerait de plein droit la maxime : *in judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res loco pretii.*

C'est ainsi qu'on ne manque point de signaler que l'ensemble des biens ne l'absent formant après l'envoi définitif en possession une universalité de droit au sein du patrimoine de l'envoyé, l'absent à son retour pourra les revendiquer par l'exercice d'une action générale. Il n'aura pas à exercer pour chacun d'eux individuellement envisagé une action différente, ou tout au moins à spécifier chacun des objets qu'il revendique. Ce qui serait à coup sûr impossible !

Il serait, semble-t-il, tout aussi inadmissible d'obliger le plaideur revendiquant une bibliothèque, qu'il prétend lui appartenir par suite d'un legs, à en connaître et à en spécifier tous les livres, sous prétexte qu'il ne s'agit que d'une universalité de fait !

Quant à la subrogation, il est aujourd'hui établi, depuis les études dues à MM. Demogue et Planiol (1), qu'elle ne doit rien à la notion d'universalité. Dans certaines uni-

(1) Demogue, Essai d'une théorie générale de la subrog. réelle, *Rev. crit.*, 1901, p. 245 et suiv. ; note de M. Planiol sous Cassat., 29 avril 1901, D. 02. 1. 33.

versalités de droit la subrogation ne se produit pas, (cf. biens objets d'un droit de retour légal). L'intention des parties peut parfois faire admettre le phénomène que l'on désigne sous ce nom, dans les universalités de fait, et il s'opère alors de plein droit, (legs d'une galerie des tableaux : le testateur a pu entendre que les tableaux achetés avec le prix de certaines de ces toiles, entre la rédaction du testament et l'exécution du legs, seraient compris dans l'ensemble légué sous un nom collectif.)

MM. Aubry et Rau (1) cherchent un nouveau critérium dans le « lien juridique et nécessaire », qui réunirait les éléments des universalités de droit et que ne retrouveraient point dans les universalités de fait. Ce lien juridique et nécessaire, ils ne paraissent le voir que dans le rapport qui s'établit entre tous les biens possédés par une même personne ! .. Pourquoi alors les biens grevés d'un fideicommis formerait-ils une universalité de droit ?...

A vrai dire, il n'y a donc pas de séparation à établir entre l'universalité de droit et l'universalité de fait. L'idée d'universalité n'est créatrice d'aucun effet juridique spécial... On ne lui doit ni l'action générale ni la subrogation réelle. Elle exprime beaucoup plutôt un résultat, la cohésion qui existe entre plusieurs biens susceptibles d'être l'objet collectif de certains droits.

Ce qui est intéressant à savoir, c'est la raison d'être de l'interdépendance juridique désignée sous le nom d'universalité. L'analyse objective des diverses situations nous révèle la notion la plus générale, celle qui seule se

(1) Cf. Stora, thèse, *De la subrogation réelle*, Paris, 1901. Aubry et Rau, p. 4, note, t. II, (5e édit.)

retrouve dans toutes les hypothèses dans lesquelles plusieurs biens sont regardés comme formant un tout ; *c'est l'idée de but*. Peu importe que la similitude de but soit imposée par une communauté de nature, par la volonté de la loi ou par la volonté humaine ; il n'y a rien là d'essentiel. Un objet qui ferait partie d'une universalité à raison de sa nature propre pourra toujours en être écarté si la loi ou l'individu lui donne une autre destination (moutons que le propriétaire retire du troupeau).

Il faut analyser les différents buts qui relient certains biens pour former des unités collectives. On s'en rend compte de prime abord, il est une différence capitale entre la destination qui groupe les livres d'une bibliothèque particulière, et celle qui rassemble tous les biens d'un même individu en un « patrimoine ». Normalement, et à moins de convention contraire, la séparation qui existe entre la masse des biens affectés à A et la masse des biens affectés à B s'impose aux tiers. Au contraire, la division entre les valeurs dont la destination naturelle fait une bibliothèque, et celles que la volonté de l'homme réunit en une même exploitation agricole ne s'impose pas en principe à ces mêmes tiers. Si l'on en recherche pourquoi cette opposition existe, l'on verra qu'elle correspond précisément à une différence dans la nature du but qui fonde ces diverses universalités. La satisfaction des besoins de tel ou tel individu est une fin en soi, c'est un but distinct que tout le monde doit reconnaître. Une collection de livres, une création agronomique, librement réalisées par un particulier sont moins des *buts en eux-mêmes* que des *moyens* pour cet individu soit de se livrer à des études qu'il aime, soit de s'enrichir : le respect de ces *buts secondaires* ne sera point obligatoire pour les

tiers. Ceux-ci doivent distinguer entre le patrimoine de Pierre et le patrimoine de Paul parce que Pierre et Paul sont deux fins en soi, deux intérêts complètement différents. Ils n'auront pas dans le patrimoine de Pierre à séparer ce qui est biens agricoles et ce qui est biens consacrés à l'étude. L'agriculture et la science n'apparaissent alors qu'en fonction de Pierre et se confondent avec son intérêt propre.

Un but distinct, un intérêt spécial, tel est le criterium qui permettra de départir en deux classes différentes les universalités. La première catégorie, celle qui représente des intérêts véritablement indépendants a pour type le patrimoine appartenant à une personne. Par extension, et, nous l'avons dit, suivant en cela le langage courant, nous donnerons ce nom de « patrimoine » à toutes les hypothèses rentrant dans cette même classe.

C'est qu'en effet l'intérêt d'un homme actuellement vivant et pris en tant qu'individu isolé ou d'une personne morale unique n'est pas le seul qui ait droit au respect des tiers. L'intérêt d'un groupe d'individus, desquels certains n'existent peut être pas encore, l'intérêt d'une famille, d'une société, alors même que cet intérêt social ne serait pas différent des intérêts des associés *réunis*, l'intérêt d'un *groupe* de créanciers, l'intérêt d'un autre individu qui a contracté avec le premier sont autant de fins INDÉPENDANTES dont la puissance publique doit imposer aux tiers la reconnaissance.

L'examen des diverses masses de biens, que MM. Aubry et Rau considèrent comme formant des universalités distinctes au sein du patrimoine d'une même personne ne le démontre-t-il pas ? Ce qui fait, — au moins en cas de

bénéfice d'inventaire ou de séparation des patrimoines dans notre droit, — de l'hérédité un patrimoine séparé, n'est-ce pas précisément l'intérêt du groupe des créanciers héréditaires? Le patrimoine qui n'a plus pour but la satisfaction des besoins de son titulaire aujourd'hui décédé, garde sa cohésion, tout le temps nécessaire à sa liquidation, parce que tous les biens qui le composent concourent encore à un même but. Ce but commun nouveau c'est la satisfaction des créanciers du défunt. L'effet juridique de la notion de succession patrimoine distinct — la première partie de cette étude a essayé de le démontrer — se traduira par le maintien de l'interdépendance qui existait du vivant du *de cujus* entre le passif et l'actif de ce patrimoine, les créanciers de l'héritier ne pouvant venir sur l'actif héréditaire parce qu'il fait partie d'un patrimoine séparé ; les créanciers du défunt devant se contenter de ce même actif qui seul entre dans la masse de biens sur laquelle portent leurs créances. Le second chapitre du deuxième livre recherchera s'il n'est point dans un même patrimoine personnel d'autres divisions en petits *patrimoines à liquider* séparément créées dans l'intérêt légitime de certains créanciers.

Les biens grevés de substitution offrent un autre type patrimonial. Le but est alors *de conserver* certains biens dans un intérêt futur. La séparation entre ce patrimoine et le patrimoine du grevé s'affirmera vis-à-vis des tiers par une inaliénabilité dont le degré et la rigueur se mesureront à la fonction qu'elle doit remplir, aux nécessités qu'impose cette destination même. Exposer d'autres situations juridiques que cette notion de *patrimoine à conserver* permet de mieux comprendre, d'interpréter plus conformément à l'équité, tel sera le sujet du chapitre III.

Le chapitre IV analysera les patrimoines dont l'éventuelle destination exige au contraire une *administration*. Le but auquel il sont alors consacrés supposera souvent en pareil cas la création de dettes. Semblables dettes entreront alors dans le seul groupe de valeurs affectées à ce but. La séparation des patrimoines existera à *l'égard des différents créanciers*. Le patrimoine de l'absent nous a fourni un exemple de patrimoine de ce genre (1).

Après examen de toutes ces hypothèses pratiques il sera possible, dans un dernier chapitre, de déterminer sous quelles conditions peuvent être créées en dehors des prévisions légales des divisions dans le patrimoine d'une personne et de préciser les idées exposées ici à titre purement provisoire.

(1) La quatrième exception admise par MM. Aubry et Rau à l'indivisibilité du patrimoine — *retour légal* — présente un aspect particulier. Il ne s'agit, en somme, que d'une division du *patrimoine-hérédité*. Cette division n'apparaît nullement *du vivant* du titulaire du patrimoine. Nous la négligerons.

On en pourrait cependant, jusqu'à un certain point, rapprocher les *réserves*, valeurs (il ne s'agit pas, en effet, ici de biens considérés dans leur individualité matérielle), qui forment dans le patrimoine une masse à part *destinée aux descendants* et sur laquelle le DE CUJUS n'a pu conférer aux tiers que des droits révocables.

Le patrimoine de substitution tient le milieu entre ce type et les autres patrimoines à conserver que nous étudierons dans le chap. III.

CHAPITRE II

Patrimoines à liquider.

En face de l'hérédité, patrimoine distinct dans la masse des biens propriété de l'héritier en cas de bénéfice d'inventaire ou de séparation des patrimoines, il nous est possible de présenter un autre exemple d'ensemble complexe de droits inclus dans un patrimoine personnel et cependant spécialisé pendant le temps nécessaire à sa liquidation.

Un événement qui souvent se produit dans la procédure de *faillite*, donnera naissance à une masse de biens, que l'équitable protection de tous les intérêts en présence oblige à liquider séparément.

Le commerçant, chacun le sait, vient-il à arrêter ses paiements, son patrimoine est mis sous la main de justice, et liquidé entre ses créanciers. C'est la faillite, parallèlement à laquelle existe, depuis la loi du 4 mars 1889, une autre forme de concours dont les effets sont moins rigoureux : la liquidation judiciaire.

A côté du patrimoine en faillite ou en liquidation judiciaire le commerçant ne pourra-t-il se constituer un second patrimoine d'affectation distincte, ayant ses créances et ses dettes spéciales, formant un tout nettement individualisé et rentrant cependant dans le patrimoine du failli ? Le patrimoine du failli serait ainsi divisé en deux ensembles de valeurs bien séparés.

Cette idée rend mieux compte des faits que le principe classique de l'indivisibilité du patrimoine. Elle inspire des solutions qui sauvegardent mieux tous les intérêts en présence. Il semble qu'elle doive être admise.

Observons la situation juridique du failli : Le débiteur qui n'est plus *in bonis* peut encore contracter de nouvelles dettes. Ce qui lui est impossible, c'est de conclure des actes d'aliénation ou d'obligation opposables à ses premiers créanciers (1). Cette réserve faite le failli peut valablement contracter. Le contrat n'est point nul. La dette existe (2), mais elle n'entre point dans le patrimoine en faillite, elle ne le grève point. Ne va-t-elle pas cependant faire partie d'un second patrimoine ? Supposons que le failli engage avec des capitaux d'emprunt de nouvelles opérations commerciales, qu'il se livre à l'exercice d'une nouvelle entreprise (3). La chose est licite (4).

(1) Percerou (Grand traité Thaller), *Des faillites et banqueroutes* t. I (1907), p. 461, nº 496 ; Cf. Cass, req., 18 juin 1900 (*Gaz. Trib.*, 1er août 1900) ; Cass. civ. 13 décembre 1904 (*Gaz. Trib*, 4 janvier 1905) ; Trib. civil, 2 mai 1901 (*Le Droit*, 3 septembre 1901).

(2) Bordeaux, 21 juin 1852 (52 1. 158) ; Paris, 27 octobre 1903 (*Gaz. Pal.*, 28 novembre 1903).

(3) Cass., 12 mai 1864, S. 64. 1. 17 ; Trib. comm. Seine, 13 novembre 1902. *Pand. françaises*, 1904. 2. 252 ; Trib. comm. Saint-Etienne, 9 mars 1905. *P. F.* 1905. 2. 119 ; le Tribunal de commerce de Nantes, le 7 novembre 1903 (*Journal des faillites*, 1904, p 519) déclare que : « Le désaisissement du failli diffère de l'interdiction en ce qu'il ne frappe d'incapacité que relativement aux intérêts de la masse. Sous cette réserve, les actes accomplis par lui pendant la faillite sont juridiquement valables et il n'est pas dépouillé de la capacité de s'obliger, mais seulement de celle d'altérer le gage de ses créanciers. En conséquence, il peut travailler et, dans le but d'acquérir par son travail de nouveaux biens, contracter des *obligations nouvelles qui ne sont nulles qu'en temps qu'elles affectent son* ANCIEN PATRIMOINE *et portent préjudice à ses créanciers...* » Cf. également Trib. comm. Nantes, 30 septembre 1905, Jurisp. Nantes, 1906. 1. 112.

(4) A condition qu'il s'agisse de fonds étrangers à la première faillite et d'un commerce différent (Cass. 16 novembre 1887, *P. F.* 87. 1. 416 ; *id.* 22 novembre 1887, *P. F.* 87. 1. 412.

Le failli administrera librement les biens affectés à ce commerce ; achètera des marchandises en gros, les revendra au détail, louera un local, résiliera son bail s'il y a lieu, fera des opérations commerciales avec les tiers. Les biens qui feront partie de ce fonds nouveau, les créances du failli contre cette seconde catégorie de client, ses dettes vis-à-vis des producteurs, tout cela ne forme-t-il pas un patrimoine spécial, dans lequel l'actif répond du passif, s'il en répond seul? (1)

Ce petit patrimoine fait partie du patrimoine du failli mais il y entre comme un tout distinct. Aussi n'est-ce qu'après liquidation de ce « patrimoine de formation nouvelle » (2) que l'excédent actif, — s'il est un excédent actif — entrera effectivement dans la masse des biens de faillite. En effet les créanciers postérieurs au désaisissement, par les prestations fournies à leur débiteur à l'occasion de son deuxième négoce, — prestations qui ont créé ses dettes à leur égard — ont donné une valeur au second fonds de commerce Il ne serait pas juste de les voir concourir sur l'actif qu'ils ont ainsi formé avec les anciens créanciers du failli qui n'ont en rien contribué à la formation de cette valeur inespérée pour eux (3).

(1) La question ici étudiée est toute différente de celle de savoir si le fonds de commerce est un patrimoine spécialisé ; problème que nous retrouverons ailleurs (même Livre, ch. v, p. 350).

(2) Percerou, cité (1907), nº 530, p. 492, cf. nº 270 *bis*, notes 3 et 4, p. 267.

(3) Les charges des acquisitions faites par le failli et la dette des sommes confiées à son crédit sont la contre-partie de l'actif et autant d'éléments de la *valeur* TOTALE des biens nouvellement acquis. La masse des créanciers de la faillite, en s'en emparant, s'enrichirait

Dire que les créanciers de la faillite sont tenus de respecter les dettes contractées par le failli à l'occasion de sa nouvelle industrie par application de la règle d'équité : « *non sunt bona nisi deducto vere alieno* » c'est dire que juridiquement il faut voir dans l'ensemble des valeurs que lie leur commune affectation au second négoce un patrimoine distinct (*bona*) qui a ses dettes distinctes et qui en répond.

Ne pas admettre cette division du patrimoine du failli en deux groupes de valeurs différents c'est décider que les premiers créanciers seront payés avec l'argent des créanciers postérieurs. Si l'on abandonne tout préjugé théorique, tout principe *a priori*, au seul point de vue de l'observation et de l'équité, une telle proposition n'est point soutenable.

Serait-il davantage admissible, lorsque les nouveaux créanciers ont accordé au failli un crédit trop grand et qu'une nouvelle cessation des payements se produit, qu'ils puissent venir concourir sur les biens de la première faillite avec les créanciers anciens ? Ils viendraient

aux dépens d'autrui. Paris. 22 janvier 1840, S. 40. 2. 116 ; cf. Lyon-Caen et Renault, VII, n° 250, p. 199 ; Boistel, n° 911.

La jurisprudence admet que le patrimoine nouveau sera séparé de l'ancien. La distinction des deux patrimoines apparaît sous forme d'un droit de préférence accordé aux créanciers de la seconde série.

Trib. comm. Seine, 21 avril 1852, *Journ. Trib. Comm.* 1852. p. 158 ; Trib. Comm. Seine, 19 mai 1855, *Journ. Trib. Comm.* 1856, p. 288 ; Cassat., 12 janvier 1864 (S. 64 1. 17) ; Paris, 8 décembre 1864, *Journal Trib. de Comm.* 1870, p. 446 ; Trib. Comm. Marseille, 6 mars *Journ. Jurisp.* Marseille, 1885. 1. 114 ; Trib. Comm. Seine, 14 décembre 1887, *Droit* du 28 décembre 1887 ; Caen, 12 mars 1885, S. 89. 1. 80 ; Trib. Comm Amiens, 26 décembre 1896, *Journal des faillites* 1897, p. 75.

diminuer le gage de ces derniers, alors que le désaisissement a rendu le patrimoine en faillite indisponible.

Supposons que dans son nouveau commerce, le failli se trouve encore une fois au dessous de ses affaires. La faillite ancienne a-t-elle été close soit par un concordat dûement homologué (ni annulé, ni résolu) soit par la dissolution de l'Union, le passif ancien est définitivement éteint, une nouvelle faillite est incontestablement possible et seuls les nouveaux créanciers pourront y produire. Qu'au contraire la faillite première ne soit pas terminée la question de l'unité du patrimoine se pose nettement (1).

Si l'on adopte la notion du patrimoine, reflet de la personnalité du commerçant et indivisible comme elle, on considérera que malgré la double ouverture de faillite, une seule masse est à liquider et que sur tous les biens les créanciers quels qu'ils soient ont un droit égal. Quelqu'un vient-il à proposer — pour se conformer à la justice — d'accorder sur les biens provenant du nouveau fonds un droit de préférence aux créanciers de la seconde faillite sur ceux de la première, on lui répondra, très justement avec la Cour de cassation qu'il n'y a point

(1) Cette première hypothèse s'explique fort bien en supposant qu'il s'agissait de la liquidation d'un premier patrimoine qui est aujourd'hui disparu, dont le passif est éteint précisément parce que l'actif qui le supportait a été complètement distribué. Mais cette interprétation n'offre pas un intérêt particulier : les résultats pratiques, et spécialement la possibilité d'une seconde faillite sur laquelle les créanciers de la première n'auront aucun droit, étant dans ce cas admis par tout le monde.

entre créanciers venant se faire payer sur un même patrimoine de privilège sans texte (1),

Puisque la solution la plus équitable, celle que montre l'observation des faits, à laquelle aboutit la libre recherche scientifique, l'exige, pourquoi ne pas reconnaître que l'on se trouve ici en présence de plusieurs masses de biens distinctes ayant chacune leur actif et leur passif propres ? Chacun le sent, on ne peut faire entrer le nouvel actif dans la faillite ancienne que *cum sua causa*, pourquoi alors s'arrêter au principe abstrait de l'Unité du patrimoine, principe que ne consacre aucun texte, principe qui est d'origine purement doctrinale ?

Le droit positif permet parfaitement d'admettre l'existence de ce petit patrimoine de création nouvelle. Celui-ci apparaîtra comme un tout, nettement distinct. Ses dettes lui seront propres. Il ne laissera cependant pas de faire partie du patrimoine du commerçant failli, dont il n'est qu'une division, au sein duquel il forme une masse bien individualisée mais non complètement séparée. Celui-ci est-il soumis à la procédure non close encore du concours, le petit patrimoine une fois liquidé viendra

(1) Cass., 22 novembre 1887, S. 89. 1. 81 (note Meynial). La Cour — cassant l'arrêt de Caen du 12 mars 1885 précité — décide que lorsqu'un commerçant qui n'a pas obtenu de concordat exerce un nouveau commerce puis est une seconde fois déclaré en faillite avant la dissolution de la première union, les créanciers de la première faillite, sous déduction du montant de leur créance payée par la première faillite, ont le droit de venir en concours avec les créanciers de la seconde faillite et qu'il n'existe au profit de ces derniers aucun droit de préférence sur l'actif de la seconde faillite. Cf. Trib. Comm. Bordeaux, 31 mai 1897, *Journ. C.*, Bordeaux 97. 2. 75 ; Cour d'appel d'Indo-Chine (Hanoï), 24 avril 1907, *Gaz. Trib.* 1907. 2. 275.

pour sa valeur active grossir le gage des créanciers de la première faillite. L'article 443 Code Commerce, en effet, ne permet pas une autonomie plus grande. Le patrimoine second ne peut être en effet qu'un patrimoine dépendant (abhändiges Vermögen). On ne saurait le regarder, à l'instar de la législation allemande, comme un patrimoine libre (Freies Vermogen) (1), car, en France, les biens à venir ne demeurent point en dehors de la procédure de faillite.

Si l'on se place au point de vue législatif, il semble que la conception la meilleure serait de considérer, avec le droit allemand, que la faillite, dès qu'elle est déclarée, immobilise et pétrifie le patrimoine alors possédé par le failli ; le cristallise ; en fixe les éléments actifs et passifs (2), la valeur ; l'isole entièrement des droits ou des obligations qui pourront désormais naître en la personne du débiteur ; le détache complètement de cette personne même pour en faire une masse autonome à liquider dans l'intérêt des créanciers. Il va sans dire que cette notion d'un patrimoine aussi indépendant de toute personnalité, d'un ensemble de biens maintenu liés par une commune destination économique après avoir été administrés par un même individu — notion que nous avons déjà rencontrée à propos de l'hérédité — est, on ne peut plus étrangère à l'idée classique de patrimoine. Il est ce-

(1) Cf. Percerou, *op. cit.*, p. 452, n° 484.

(2) Thaller, *Faillites en droit comparé* (1907), t. I, p. 348, n° 95. « Par la première faillite, les droits des créanciers se sont enfoncés dans les *biens séquestrés* comme un coin dans le chêne, par un travail de transfusion juridique, les obligations préexistantes du failli se sont abîmées dans le patrimoine, leur substance primitive a disparu, converties comme elles le sont en un dividende. »

pendant permis de se demander si elle n'offrirait pas quelque avantage qui en démontrerait la supériorité juridique.

Formulons une espèce : Les opérations de la faillite ont été closes pour insuffisance d'actif. Remarquons le, la faillite n'est point terminée ; les droits des créanciers ne sont pas éteints. Cette fois encore, le failli ne va pas rester indéfiniment inoccupé. Le débiteur, avec des *biens à lui* échus ou lui appartenant d'une façon quelconque, et non plus, dans cette hypothèse, un moyen de capitaux d'emprunts va contracter des obligations avec les tiers et se livrer à un nouveau commerce. Non seulement en ce cas, ses créanciers nouveaux n'auront pas de droit de préférence sur ce second fonds dont leurs prestations ont augmenté la valeur, mais leur créance sera regardée comme nulle, le désaisissement subsistant, et c'est tout au plus s'ils pourront exercer l'action de *in rem verso*.

La solution allemande qui fixe, dès le désaisissement le patrimoine de la faillite et dès lors le rend irrévocablement indépendant de la personne du failli, le débiteur ne pouvant pas plus l'augmenter que le diminuer, serait ici toute autre. La conception législative sur laquelle elle s'appuie est préférable (1). La notion classique du patrimoine modelé sur la personnalité, inséparable d'elle, lui empruntant ses caractères et sa vie n'aurait dû être regardée que comme une hypothèse. L'observation des faits et la complexité de certaines situations en aurait fait voir la relativité. On a eu tort, en France, de la regarder comme un principe définitif d'une valeur absolue et nécessaire.

(1) Cf. Percerou, *Faillites*, 1907, *loc. cit.* et *Annales de droit commercial* de 1905, II, p. 37.

Nous avons là encore une preuve de l'importance exagérée accordée à cette construction juridique. Ne s'opposerait-on pas à toute réforme législative, qui voudrait séparer d'une façon plus nette le patrimoine antérieur au jugement déclaratif et le patrimoine postérieur? Elle serait regardée comme irrationnelle et en contradiction avec les données les plus certaines de la science!...

CHAPITRE III

Patrimoines à conserver. — Inaliénabilité.

A une destination transitoire et immédiate, correspondent les « patrimoines à liquider » ; à des buts plus lointains, exigeant pour leur réalisation un laps de temps souvent considérable, et, en même temps, à une fonction économique presque passive, correspondent ces ensembles de valeurs séparés dans un patrimoine plus grand que nous nommerons des « patrimoines à conserver ».

§ 1. — *La dot sous le régime dotal.* — Il y a quelques années, dans une remarquable préface à une très intéressante étude sur les actions dotales, M. Bartin émettait pour la première fois cette idée neuve et originale : la dot est un patrimoine. « A considérer la législation et les tendances directrices de la jurisprudence, disait-il, l'inaliénabilité dotale n'est ni une incapacité de la femme ni une indisponibilité du bien ; ce sont de trop vieilles étiquettes pour un produit nouveau » (1). M. Bartin le montre, la jurisprudence préoccupée avant tout des besoins sociaux voit derrière les intérêts temporaires du ménage, les intérêts permanents de la famille. « Les intérêts du ménage et ceux de la famille ne se confondent pas. Les uns concernent la société conjugale et les personnes que cette société réunit, les autres concernait la famille considérée dans la durée indéfinie des générations qui la composent. » Il est un régime qui ne se contente

(1) Bartin, *Travaux et mémoires des facultés de Lille*, t. II, Mémoire 7, p. IX (1892), théorie reprise par l'auteur dans une note au D. 1901.1.149 sous cassation. Cf. article de M. Regnault dans la *Revue critique* de 1896. p. 434 et suiv.

pas d'offrir aux époux l'organisation nécessaire pour subvenir aux charges du ménage mais qui permet encore de donner satisfaction aux intérêts généraux et permanents de la famille : c'est le régime dotal. Ce résultat il l'obtient par la création du patrimoine dotal.

Dans le patrimoine de la femme se condensera une masse de biens à part, un patrimoine particulier, « soumis, sauf à l'égard des tiers *penitus extranei* à des règles propres qui ont pour objet sa conservation et parfois son emploi dans l'intérêt de la famille ». D'innombrables conséquences découleront de cette conception de la dot et tiendront l'inaliénabilité dotale à égale distance du système de l'incapacité de la femme et du système de l'indisponibilité des biens.

C'est en partant de cette notion de la dot, patrimoine conservé à la famille, qu'il faut aborder les différents problèmes que pose le régime dotal.

La destination commune des immeubles dotaux — pourvoir aux intérêts généraux de la famille — les mettra à l'abri des actes du mari comme de ceux que la femme pourrait accomplir sous l'influence de son conjoint (1). Les obligations émanées au cours du mariage de la volonté de l'épouse — abstraction faite de tout acte illicite de sa part — ne sont pas exécutoires sur ses biens dotaux. La loi présume, à moins d'exceptions, que de telles obligations n'ont point été contractées dans l'intérêt général de la famille au sens large et idéal du mot. Aussi de telles dettes n'entrent-elles point dans la dot, dans l'ensemble des biens consacrés à ce même but, dans le patrimoine dotal.

(1) Cf. Le Courtois et Surville (Baudry), *Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*, 3e édit. 1906, p. 319.

Il en serait tout autrement s'il était prouvé que l'obligation avait pour but le maintien du patrimoine dotal à sa fonction. Ainsi la condamnation aux frais de justice — ceux d'une séparation de biens par exemple, — exposés afin d'assurer la conservation de la dot et par conséquent de sa destination, pourraient être exécutés sur les biens dotaux (1).

Toujours pour que le patrimoine dotal ne soit point détourné de son affectation, il ne peut être constitué sur lui d'hypothèques, pas plus conventionnelles que judiciaires, prises pour sûretés d'engagements présumés étrangers aux intérêts pour la satisfaction desquels est créé le patrimoine dotal. Ces obligations ne font point partie du patrimoine dotal et de plus elles ne sauraient être garanties par des biens dotaux (2).

Si l'épouse dotale contracte, au cours du mariage, des obligations avec autorisation de son mari ou de justice, celles-ci ne pourront pas s'exécuter par voie de saisie sur les immeubles dotaux (3). La règle qui s'oblige, oblige le sien, subit une restriction qui correspond à la division qui se produit dans le patrimoine de la femme. N'entrent, nous le verrons, dans le patrimoine particulier que forment les biens dotaux, que les *dettes dotales*, c'est-à-dire les dettes contractées dans ce même but qui réunit en faisceau l'actif dotal : l'intérêt supérieur de la famille.

(1) Le Courtois et Survile (Baudry), III, p. 378 ; cf. jugement Narbonne, 26 mars 1903, *Gaz. Palais* 03. 1, table n° 5 et n° 2 ; Cass., 19 janvier 1887, S. 88. 1. 289 (note Labbé). Cf. Cass. civ., 19 octobre 1903, D. 1904. 1 19.

(2) Le Courtois et Surville, p. 330, n° 1661.

(3) Obligations valables, mais qui ne peuvent pas s'exécuter sur les biens dotaux. Cass. req. 23 juillet 1907, *Grz. Trib.*, 29 juillet 1907.

Ce patrimoine garde sa cohésion tant que la destination qui le sépare des autres biens de l'épouse la rend nécessaire et dans cette mesure. L'aliénation d'un immeuble dotal induement consentie pendant le mariage ne devra donc pas recevoir son exécution après. C'est la solution qu'impose l'examen objectif du problème. Il n'est pas besoin, pour la justifier, de recourir à l'idée d'incapacité ou à celle d'indisponibilité. Le patrimoine dotal est affecté à un but bien déterminé. La loi, en édictant l'inaliénabilité de la dot a voulu le maintien de cette destination. Empêcher l'acquéreur d'exiger l'exécution du contrat de vente après la dissolution du mariage, c'est donner à l'inaliénabilité dotale sa véritable valeur. L'insaisissabilité de l'immeuble dotal persistera de même et pour la même raison : conservation des intérêts généraux de la famille.

Les créanciers de la femme postérieurs à la célébration n'ont pas d'action sur les biens dotaux, même après la dissolution du mariage quand ces biens sont entre les mains des héritiers de la femme. C'est que le patrimoine dotal affecté à la famille doit leur parvenir intact. Le but auquel il répond ne serait pas rempli si les biens devenaient immédiatement saisissables entre leurs mains.

Cette même idée d'un patrimoine dotal ne pourrait-elle intervenir dans l'examen de la question classique. Les créanciers *chirographaires* envers lesquels la femme ou plus généralement le constituant s'est engagé avant le mariage, ont-ils le droit d'agir sur les biens dotaux ?

Ecartons une hypothèse : La constitution de dot portait sur le patrimoine entier ou sur une quote part (un tiers, un quart) du patrimoine du constituant, il est certain — nous avons du moins essayé de le montrer

dans la première partie de notre livre I, – que cet ensemble de biens est composé d'un actif et d'un passif inséparables. Le fait qu'il s'agit ici d'une affectation plus que d'une transmission, ne saurait en rien changer la solution. Les créanciers chirographaires antérieurs au contrat de mariage pourront donc en ce cas saisir les biens dotaux.

S'il s'agit d'une constitution ayant pour objet un ou plusieurs biens pris individuellement, la solution ne doit-elle pas différer?

La réponse exigera une nouvelle distinction. La femme possède-t-elle des biens paraphernaux capables de satisfaire ses créanciers, les dettes antérieures à l'union conjugale n'entreront point dans le patrimoine dotal. Les biens qui en font partie seront insaisissables pour cette catégorie de créanciers. En pareil cas, de telles dettes n'intéressent en rien l'honneur familial.

Que si, au contraire, la femme n'a pas de biens paraphernaux en quantité suffisante pour désintéresser les créanciers ses dettes feront partie du patrimoine, entreront dans l'ensemble des valeurs positives et négatives que rapproche étroitement le fait d'être intimement liées aux intérêts généraux et élevés de la famille. Il importe, en effet, à l'honneur familial, que les obligations qu'a contractées la femme lorsqu'elle disposait de tout son patrimoine, soient exécutées. La loi n'oblige pas alors la femme à subir une saisie de ses biens dotaux. L'inaliénabilité qui n'avait pour but que de conserver au patrimoine dotal, son affectation est suspendue. L'article 1558 décide que « l'immeuble dotal peut être aliéné avec permission de justice et aux enchères après affiches... pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot

lorsque ces dettes ont été une date certaine antérieure au contrat de mariage ». La justice aura précisément pour mission d'examiner si l'on fait bien dans l'espèce particulière jouer à la dot son véritable rôle, son rôle de patrimoine de réserve pour la famille, destiné à pourvoir à toutes les crises qu'elle peut traverser, crises dans lesquelles il va de son honneur aussi bien que crises qui ne touchent qu'à sa subsistance matérielle (1).

Les créanciers soit du mari, soit de la femme peuvent-ils saisir non plus cette fois le fonds dotal, mais les *revenus dotaux* ?

Le mari a l'administration des produits de la dot. Il est certain que dès qu'il en a perçu les fruits ou encaissé les revenus une confusion de fait s'opère entre eux et son patrimoine personnel. L'on ne peut désormais soutenir que le droit de ses créanciers est restreint à raison de la provenance des biens.

Il n'en est point de même en ce qui concerne les revenus futurs.

La distinction reparaît. Les revenus, au moins « pour la portion nécessaire aux besoins de la famille » (2), entrent dans le patrimoine dotal. Ils ne pourront être saisis que s'il s'agit de créanciers à raison des charges du ménage. Le superflu est seul saisissable pour les autres créanciers. Le mari n'a en effet la jouissance des immeubles dotaux que sous la condition de subvenir aux

(1) Comme l'explique M. Mongin (*Revue c itique*, 1886, p. 97 et suiv.), ce contrôle du tribunal sera utile pour détourner l'action des créanciers du côté des biens paraphernaux.

(2) Cf. arrêt Cass., 14 août 1893, S. 86. 1. 38 ; Montpellier, 14 décembre 1906, *Mon. Midi*, 1er septembre 1907.

charges du ménage. Il lui est interdit de détourner les produits de la dot du but auquel ils sont destinés. S'il n'a point le droit d'accomplir semblable détournement, ses créanciers ne le sauraient avoir plus que lui (1).

Les créanciers de la femme pour dettes non dotales, c'est-à-dire non causées par les besoins du ménage, non souscrites dans l'intérêt élevé de la famille n'auront aucun droit sur le patrimoine dotal, après une séparation de biens (2). La portion des revenus qui n'est point nécessaire aux besoins du ménage ne fait point partie du patrimoine dotal. Elle reste disponible entre les mains de la femme.

Le droit des créanciers ne sera pas plus étendu à la *dissolution du mariage*, qu'il y ait eu auparavant séparation de biens ou non. Les créanciers antérieurs à cette dissolution ne peuvent saisir les revenus des immeubles dotaux (3). S'il en était autrement le capital dotal serait

(1) Cf. Le Courtois et Surville, cité p. 393, n° 1690.

(2) Req. 24 novembre 1890 et 8 juillet 1891, S. 93. 1. 313 ; Trib. civ. Seine, 3 avril 1900, *Rev. gén. notariat*, 1901, 158.

(3) Douai, 27 juillet 1853, S. 54. 2. 181 ; les premiers arrêts rendus en ce sens remontent à 1834 ; Cass., 26 février et 1er décembre 1834, D. 35. 1. 122 et 177 ; Cass., 6 janvier 1839, D. 40. 1. 69.

La jurisprudence n'applique cette solution qu'aux créanciers postérieurs à la séparation. (Cf. Trib. civ. Toulouse, 4 juillet 1908, *Gaz. Pal.*, 1918. 2. 174). Un arrêt des Chambres réunies consacre l'insaisissabilité à l'égard des créanciers antérieurs à la séparation. (Ch. Rennes. 7 juin 1866, D. 64. 1. 20). Cf. Paris, 11 juin 1896, D. 97. 2. 14. Avec M. Planiol, III, p. 297, n° 1630, il nous sera permis de trouver cette décision regrettable. Elle étend l'inaliénabilité à des biens qui ne rentrent pas dans le patrimoine dotal. Celui-ci ne comprend que les valeurs nécessaires pour assurer au ménage les revenus dont il a besoin et à la famille un fonds de réserve en cas de crise. Comme

sans doute conservé. Mais il serait valeur morte. Notre droit veut au contraire qu'il se retrouve à ce moment, prêt à jouer son rôle de patrimoine de réserve, d'ULTIME ressource pour la famille.

Il en serait donc tout différemment de ceux des créanciers d'une femme séparée qui auraient traité avec elle à raison des charges familiales. Leurs créances sont dotales. Ils conservent sans conteste, le droit de saisir les revenus précisément affectés à ces charges. Ce droit appartient également aux créanciers de la dot qui ont traité avec le mari avant la séparation.

C'est par cette même idée de patrimoine dotal, ensemble de biens séparés, affectés exclusivement à l'entretien du ménage et aux intérêts élevés de la famille que s'explique la jurisprudence en matière d'aliénations ou cessions de fruits ou revenus. Fruits et revenus, « s'ils sont nécessaires à l'éducation des enfants, à leur entretien et à celui de la femme » entreront dans le patrimoine dotal. Ils n'en pourront être distraits. Un arrêt de la Cour de Cassation du 2 juillet 1885 qui annule complètement une semblable cession relève cette constatation des juges du fait: les revenus étaient dans leur intégralité nécessaires aux besoins du ménage (1).

Pour en finir avec la question des créances faisant partie du patrimoine dotal, il nous faut parler des dettes comprises dans les successions ou les libéralités recueillies par l'épouse au cours du mariage.

on l'a dit, c'est ajouter à la dot un excédent inutile et autoriser un débiteur à ne pas payer ses dettes alors qu'il en a le moyen.

(1) V. Req., 2 juillet 1885, S. 85. 1. 420; cf. Aix, 6 janvier 1890, D. 91. 1. 485.

Examiner dans quelle mesure le payement de ces obligations peut être poursuivi sur les biens dotaux sera montrer une fois encore qu'à l'encontre du principe classique de l'indivisibilité du patrimoine, la dot forme au sein du patrimoine de la femme un patrimoine séparé et affecté à un but déterminé.

Les biens provenant d'une succession ou d'une donation universelle doivent-ils d'après le contrat de mariage être dotaux, nous sommes en présence d'une première hypothèse. Cette hérédité, cette donation de tous biens présents forme elle-même, nous le savons (1). un tout, un patrimoine distinct composé d'un actif et d'un passif propres. La femme prenant l'ensemble des biens sera tenue des dettes qui en sont le complément inséparable. Le surplus actif seul, s'il en est un, entrera dans le patrimoine dotal (2). Bien entendu les biens dotaux qui ne proviennent pas de la succession seront à l'abri de toute saisie. Si le passif héréditaire dépasse l'actif le principe de l'obligation *ultra vires*, inscrit dans la loi s'appliquera : la femme sera débitrice de tout l'excédent sur *son patrimoine libre* en entier, *c'est-à-dire sur ses paraphernaux*.

La succession ou la donation universelle doit-elle au contraire faire partie des paraphernaux les créanciers héréditaires ne pourront en aucune façon se faire payer sur les biens dotaux, patrimoine réservé à la famille.

S'agit-il de legs à titre particulier avec charges, de

(1) Cf. notre 1er livre, 1re partie.

(2) Aubry et Rau, V, § 537 et note 124, p. 591 ; Cass. req., 31 juillet 1907 (*Gaz. Pal.* 1907. 2. 429) ; Cf. Nîmes. 23 novembr 1906, *Rev. Gaz. des Trib.* 1907. 2. 254 (1er semestre) ; Nîmes, 23 novembre 1906, *Gaz. Trib.* 1907. 2. 254. Cf. Pau, 5 février 1903 (D. 1903. 2. 188).

donation avec mission de payer certaines dettes déterminées, le recouvrement de ces charges sera évidemment poursuivi sur les biens compris dans la libéralité, fussent-ils dotaux. Il n'y a là en effet qu'un calcul à faire afin d'établir ce qui a été véritablement donné. Que si l'objet de la donation est insuffisant par rapport aux charges, et que la femme en acceptant se soit néanmoins engagée à supporter les dettes, cette obligation sans rapport avec l'intérêt supérieur de la famille n'entrera pas dans le patrimoine dotal. Elle ne pourra donc en toute hypothèse être exécutée que sur les paraphernaux (1).

Les biens dotaux ne sont pas à notre sens des biens inaliénables. Ils constituent dans le patrimoine de la femme un patrimoine spécial affecté aux seuls créanciers dotaux et inaccessible aux autres. La loi fait plus encore. Elle tient avant tout à ce que le patrimoine dotal conserve son affectation. Aussi l'article 1554 prohibe-t-il tout acte volontaire par lequel le mari ou la femme disposeraient pendant le mariage directement ou indirectement des immeubles dotaux.

Il n'y a point là une « indisponibilité absolue ». La prohibition d'aliéner a pour mesure les nécessités de la protection exceptionnelle que la loi a autorisé l'épouse à stipuler contre elle-même et contre l'influence de son mari au moyen de la constitution d'une masse de biens séparée. Ces biens sont mis en réserve, ils sont destinés à être au besoin la suprême ressource non seulement de l'épouse, du ménage et des enfants mais de la famille toute entière, des générations futures. L'établissement des enfants est en grande partie le but final de la dot. Si

(1) Cf. Req., 20 juin 1899, D. 1900. 1. 377.

donc l'intérêt élevé de la famille, les besoins du ménage dans un moment important pour l'avenir de toute la famille exigent l'aliénation d'une partie de la dot, celle-ci sera possible (1). De telles aliénations sont en effet conformes au but qui groupe en un patrimoine spécial les biens dotaux. Mais la loi qui, en règle générale, présume que les aliénations volontaires de biens dotaux ne sont pas faites dans ce but dotal, exige parfois en pareil cas l'autorisation de la justice. La mission du Tribunal est de vérifier si l'aliénation fera bien jouer au patrimoine dotal son vrai rôle, si elle rentre bien dans les hypothèses de destinations dotales énumérées dans la loi (art. 1555 C. C. et suivants).

L'article 1558 indique les cas dans lesquels l'immeuble dotal peut être aliéné avec permission de justice. Ce sont toutes hypothèses dans lesquelles le patrimoine dotal remplit véritablement sa fonction de fonds destiné à subvenir aux crises familiales. Tirer le mari de prison ; fournir des aliments aux époux et à leurs enfants (2) ; faire de grosses réparations indispensables pour la conservation de l'immeuble dotal (3), tout cela rentre dans la

(1) L'obligation pour le mari, nommé à un poste de fonctionnaire, de fournir un cautionnement et de pourvoir à ses frais d'installation, permettra aux tribunaux d'autoriser l'hypothèque du fonds dotal. Grenoble, 1re Ch., 1908. *Rec.* Grenoble, 1909. 114.

(2) Cf. Grenoble, 28 février 1900, *Rec.* Grenoble 1900, p. 92 ; Trib. civ. Narbonne, 21 mars 1900 (*Loi* 6 avril 1900). D'après la Cour de Douai (1re Ch., 15 mai 1907, *Rec.* Douai, 1908. 168), *les frais d'instruction et d'éducation* des enfants issus du mariage figurent parmi les aliments en vue desquels l'article 1558 C. civ. permet avec l'autorisation de justice l'aliénation des biens dotaux. Cf. Caen, 9 juillet 1908 (*Rec.* Caen, 1908 253)

(3) Le fonds dotal peut être aliéné non seulement pour faire face à

fonction de la dot. Les biens dotaux pourront alors être vendus pour se procurer les fonds nécessaires. Afin d'empêcher qu'une partie du patrimoine dotal soit détournée de sa destination le contrôle de la justice est exigé (article 1558).

Les articles 1555 et 1556 prévoient l'aliénation de l'immeuble dotal pour l'établissement des enfants. De fait, la dot n'est inaliénable que dans l'intérêt de la famille et surtout des enfants. « C'est une réserve précieuse pour leur entretien, leur éducation et enfin leur établissement. La consacrer à ce dernier usage n'est donc pas la détourner de sa fonction, mais tout au contraire *l'affecter à son but suprême* (1). »

Les biens dotaux sont envisagés en tant que valeurs. Leur individualité matérielle pourra être transformée si cela est d'une commodité plus grande. Ainsi, l'immeuble dotal pourra être aliéné avec permission de justice et aux enchères après affiches lorsque cet immeuble se trouve indivis avec des tiers et qu'il est reconnu impartageable. A propos de la licitation de l'immeuble dotal indivis l'on peut noter une solution, par tout le monde admise, et qui va incontestablement à l'encontre de la doctrine de l'indivisibilité du patrimoine. Cette décision montre en effet d'une façon bien nette l'existence d'un patrimoine distinct inclus dans le patrimoine de l'épouse dotale. Supposons qu'un immeuble de la femme soit dotal pour partie, Une

de grosses réparations destinées à mettre l'immeuble en valeur, à en augmenter le revenu dans l'intérêt urgent de la famille. Montpellier, 30 novembre 1905 (*Mon. Midi*, 13 mai 1906).

(1) Le Courtois et Surville, III, p. 406, n° 1701 (c'est nous qui soulignons). Cf. Berlier, *Exposé des motifs au corps législatif*, Fenet, XIII, p. 682.

licitation pourra intervenir entre *l'épouse et le patrimoine dotal représenté* par le mari (1). Ainsi s'opérera le classement juridique des biens de la femme, et la détermination des objets rentrant dans la dot.

Si la chose est utile l'immeuble dotal peut être échangé contre un autre immeuble de même valeur. Le nouveau fonds acquis avec l'autorisation de justice aura la même affectation que l'ancien, il fera donc partie de l'ensemble des biens consacrés aux intérêts supérieurs de la famille, du patrimoine dotal.

Avant d'aborder l'effet juridique d'actes irréguliers destinés à soustraire les biens compris dans le patrimoine dotal à leur affectation, remarquons que la conservation de cette destination même est assurée non seulement par « l'inaliénabilité » (toute relative) de la dot mais encore par l'imprescribilité du fonds dotal.

L'aliénation de l'immeuble dotal, hors des cas où cette aliénation est conforme au but commun auquel sont destinés des biens dotaux (2), est soumise à un véritable droit de critique, à une faculté de révocation. Etudier le caractère de la nullité qui atteint toute disposition d'un bien dans un but auquel n'est pas affecté le patrimoine dotal, ou sans observer des formes que la loi a établies pour garantir cette affectation, ne rentre pas dans notre sujet. Si l'on admet l'idée de dot patrimoine de réserve destiné à la

(1) Cf. Le Courtois et Surville (Baudry), p. 465. n° 1728 ; cf. Pau, 12 août 68. S. 1868. 2. 299 et Cass. 1796. 1903, *Gaz. Pal.* 1903. 2. 616, S. 1905. 1. 121 (note Naquet), D. 1905. 1. 417 (note Cézar-Brun) ; *P. F.*, 1905 1. 224 (note Henry). Cf. Trib. civ. Bordeaux, 15 juillet 1907 (*Rec.* Bordeaux, 1908. 2. 29) et Nîmes, 2e Ch., 23 novembre 1906 (*Gaz. Pal.* 1907. 2. 254).

(2) Cf. [illegible] 1555, 1556, 1557, 1558).

famille ; c'est dans l'intérêt de celle-ci faudra-t-il dire, qu'est créé le droit de se prévaloir du vice qui atteint l'acte juridique. C'est de ce point de vue que l'on décidera si oui ou non l'action en révocation peut être exercée par les créanciers de la femme (1). Il est certain en tous cas que l'acquéreur de l'immeuble dotal indûment aliéné ne peut pas en principe se prévaloir contre les époux de cette nullité créee par l'affectation particulière des biens dotaux. Telle est la solution adoptée notamment par un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 16 avril 1893 (2). Et c'est l'application même de cette idée que la dot est un ensemble de valeurs toutes consacrées à un but : l'intérêt de la famille, ensemble soumis à un régime capable d'assurer effectivement cette destination, mais qui ne se soit point retourné contre elle.

Il est permis à la femme de cautionner l'aliénation de l'immeuble dotal. En cela, apparaît bien clairement encore la division de la fortune de la femme en deux patrimoines complètement distincts. Aussi, certains auteurs, qui avec la doctrine classique confondent l'idée de patrimoine et celle de personnalité, refusent-ils à l'épouse le droit de cautionner sur son patrimoine paraphernal l'aliénation d'un immeuble dotal. Ce serait, disent-ils, dédoubler la personnalité de la femme (3). Admettre leur opi-

(1) V. Japiot, thèse Dijon 1909. *Des nullités en matière d'actes juridiques*, p. 538, note 1 ; Aubry et Rau, IV (5e édit.), p. 258 ; Le Courtois et Surville, p. 574, n° 1798.

(2) Req. 16 avril 1893 S. 95. 1. 218. Cf. Montpellier, 29 nov. 1897, sous Cassat. D. 99. 1. 353. — *Sic* Aubry et Rau, V, § 537, p. 562 ; Planiol, III, n° 1529 ; Le Courtois et Surville, p. 577, n° 1799.

(3) *Sic* Huc, IX, n. 488. Rapprochez Naples, 7 janv. 1896. S. 967. n. 33, note Wahl. — Admettent au contraire le cautionnement sur le

nion n'est-ce élargir singulièrement les conséquences de l'« inaliénabilité », alors qu'elles devraient être strictement réduites aux seuls biens dotaux !

La situation juridique faite par la jurisprudence aux meubles compris dans la dot achève la séparation établie entre la masse des valeurs dotales affectées à un but spécial et le reste du patrimoine de la femme. Les effets de la *dotalité renfermée* à l'égard des créanciers en sont un exemple. Celle-ci n'empêche point l'immeuble d'être paraphernal, c'est-à-dire aliénable et saisissable. Cet immeuble toutefois contient une valeur affectée à la destination dotale, valeur qui doit conserver son affectation. Celle-ci est représentée par une créance dans le patrimoine dotal. La jurisprudence décide que la femme pourra prélever *ce qui est dû à la dot* par préférence à ses propres créanciers même hypothécaires (1).

S'il n'y avait point dans le patrimoine de la femme formation de deux patrimoines différents : les biens dotaux, les biens paraphernaux, la confusion devrait en pareil cas s'opérer. Nous voyons au contraire que l'épouse dotale, personnalité unique, possède d'après la jurisprudence deux groupes de biens unifiés ; les valeurs faisant partie de l'un peuvent être affectés à titre de sûreté au

patrimoine non dotal. MM. Le Courtois et Surville, *op. cit.* III, p. 591, n° 1804.

(1) Civ. cass. 1er déc. 1857. S. 58. 1. 257 ; Grenoble, 20 fév. 1894. S. 95. 2. 289 (n. Wahl). Cass., 14 juin 1904. S. 1905. I. 489 (note Naquet). Dans certains cas, la femme peut *se faire colloquer* pour le montant de sa dot dans l'ordre ouvert entre ses *créanciers* ; Cf. également. Cass., 22 fév. 1905. S. 1906. 1. 337 (note Heinard) et P. F. 1906. 1. 5 (note Weiss).

(2) S. 96. 1. 73. (2e espèce). (Arrêt de Cassation du 26 novembre 1895).

payement des dettes de ce patrimoine envers l'autre. Cette mise en gage d'un bien pour la garantie d'une créance dotale sera efficace à l'égard des tiers lorsqu'elle aura pu normalement parvenir à leur connaissance (1). N'y a-t-il pas vraiment là constitution d'une créance privilégiée comprise dans le patrimoine dotal et portant sur un immeuble du patrimoine paraphernal ?...

Signalons encore deux phénomènes intéressants : D'abord la réapparition de l'unité du patrimoine de la femme d'une part vis-à-vis des créanciers pour faits illicites (2) ou obligations légales et d'autre part lorsque les formalités de la loi de 1850 n'ont pas été observées. A ceux ci parce qu'ils n'ont pas acquis leurs créances par un fait volontaire, à ceux-là parce qu'ils n'ont pu connaître l'existence de la dot, ne peut être opposé la division qu'a opéré le régime dotal dans le patrimoine de la femme.

En second lieu la présence dans le patrimoine paraphernal des dettes dotales. On en a parfois argué (3) contre l'idée de dot patrimoine distinct lancée sans plus d'explication, au cours d'une préface par M. Bartin. Le fait s'explique cependant, la dot, encore qu'elle présente l'aspect d'un tout affecté à un but spécial n'en rentre pas moins dans le patrimoine général de la femme (4). Est-il nécessaire du reste, à la réalisation de l'affectation

(1) Cass. req. 14 juin 1904. (D. 1905. 1. 185).

(2) Limoges, 11 mars 1904. (D. 1905. 2. 62).

(3) Voir cette objection dans Le Courtois et Surville, p. 340 § 1667, note 1.

(4) Sa destination *conservatoire* explique fort bien que les dettes qui le grèvent soient très réduites et ne l'atteignent qu'à titre SUBSIDIAIRE.

auquel répond le patrimoine dotal, qu'il y ait entre les deux masses patrimoniales une distinction absolue ?...

*
* *

Il est inutile de prolonger ce rappel des solutions admises en matière dotale. Sans avoir la prétention de faire de la théorie de la dot patrimoine affecté aux intérêts supérieurs de la lamille une construction juridique nécessaire et définitive, il suffisait à notre sujet de montrer que le régime dotal tel que l'ont créé la loi et la jurisprudence, ne se peut couler dans le moule étroit où devrait forcément le jeter le principe de l'indivisibilité du patrimoine.

Cette idée rigoureuse n'explique pas le droit positif tel que l'évolution sociale amène la jurisprudence à l'interpréter. La thèse proposée ici n'aurait-elle qu'une valeur tout-à-fait provisoire, pourquoi lui refuser crédit sans examen au nom de constructions juridiques rigoureuses, bâties sur des raisonnements purements abstraits ?... La théorie qu'a indiqué en passant et sans s'y arrêter — à notre grand regret — M. Bartin, a au moins le mérite d'être puisée dans les faits et d'indiquer les tendances de la vie, Elle ne prétend point soumettre à elle les situations juridiques ; elle cherche seulement, en s'y adaptant à prévoir les solutions nouvelles qui s'imposeront par la force de l'évolution économique et sociale.

§ 2. — *Bien de famille*. — C'est d'une méthode semblable qu'il se faut inspirer pour féconder l'institution que crée une loi récente, la loi du 12 juillet 1909. De la dot patrimoine de la famille sous le régime dotal on peut, en effet, rapprocher le Homestead. Le « bien de famille »,

(1) Cf. P. Bureau, *Le Homestead*, Paris, 1895. Cf. Abbé Lemire,

cette expression est plus juste (1), est lui aussi un patrimoine spécialisé et (il faut bien répéter l'expression). « le patrimoine de la famille » ; mais de la famille prise ici dans un sens plus étroit, de la famille attachée à la terre et alors même qu'elle ne se composerait que d'un seul membre. L'on pourrait dire : « le patrimoine du foyer. » Ce patrimoine n'est affecté qu'à la conservation « du vêtement de pierre de la famille » (1) ; il n'est destiné qu'à lui garder « un grain de blé ». A la différence de la dot fonds de réserve qui a pour mission de servir aux intérêts les plus élevés de la famille et à l'établissement des descendants, son rôle est purement passif. La loi ne lui assigne pour but que le maintien d'un lieu de refuge pour les époux et leurs enfants.

Il y a là une nouvelle preuve de l'insuffisance du principe théorique : le patrimoine est rationnellement indivisible. Du reste de sa fortune, il est permis à chaque époux de separer certains immeubles « soit une maison, ou part divise de maison, soit à la fois une maison et des terres attenantes ou voisines occupées et exploitées par la famille », immeubles par nature auxquels s'ajoutent quelques immeubles par destination : cheptel, ustensiles etc... (article 2). Le même droit est reconnu à tout aïeul qui a recueili ses petits enfants. Ce patrimoine spécialisé pourra être crée par testament ou donation par toute personne capable de disposer au profit de toute personne réunissant elle-même les conditions exigées par la loi pour pouvoir séparer dans ses biens un ensemble im-

député. Cours à la *Semaine sociale* de Dijon, 1906 ; Compte rendu, p. 178.

(1) Cf. Donnat. Conférence à Oran (1888). Expression rapportée dans Lemire. Exposé des motifs. *J. O.*, 1894, annexe 848, p. 1174.

mobilier et exclusivement destiné à devenir le suprême abri d'une famille agricole. Cette petite masse de biens ne devra pas dépasser une valeur totale de 8.000 francs. Elle ne pourrait se composer de deux fractions divisées. encore que leur somme n'atteindrait pas ce chiffre maximum (article 3). Du texte de l'article 2 résulte que le patrimoine familial pourra parfois se réduire au point de vue actif à un seul étage de maison. Il pourra par contre une fois constitué s'élever par suite de plus-value à une somme supérieur à 8.000 francs (art. 4.)

Son *passif* sera lui aussi extrêmement restreint. Il ne comprendra guère que les impôts afférents à sa jouissance et les dettes alimentaires. Encore ses obligations ne portent-elles que sur les fruits des immeubles (art. 10). Ce patrimoine renfermera aussi certaines dettes inséparables de l'actif auquel elle correspondent : ainsi les dettes envers les créanciers antérieurs à la constitution du bien de famille, à la condition toutefois qu'ils aient conservé leurs droits conformément à l'article 6 ; telles seraient également les dettes à l'égard du vendeur de la terre, du fournisseur des matériaux ou encore des ouvriers qui ont concouru à l'amélioration du fonds, à son entretien, à sa mise en valeur. C'est ce que pense M. Villey (1).

Le législateur a assuré le maintien du patrimoine siège de la famille en en décrétant l'insaisissabilité. Cette insaissisabilité subsiste même après la dissolution du mariage sans enfants au profit du survivant des époux s'il est propriétaire du bien (art. 17). La division de son patrimoine en deux unités distinctes est maintenue.

(1) *Lois nouvelles*, nº du 15 janv. 1910, Commentaires de la loi du 12 juillet 1909, par E. Villey.

Les biens faisant partie du « homestead » ne sont pas aliénables par l'un des époux sans le consentement de l'autre. La loi interdit l'hypothèque et la vente a réméré des biens compris dans la constitution. La loi indique également des mesures pour la conservation de l'affectation des valeurs destinées à la famille en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ou d'incendie, et en général de substitution d'un bien de famille à un autre (art. 12, 13, 14, 15).

La séparation des deux patrimoines : patrimoine propre de l'un des époux et bien de famille est portée à la connaissance des tiers par une publicité spéciale, formalité substantielle de la constitution du Homestead (publication proprement dite, délai de deux mois, homologation, transcription (art. 6, 7, 8, 9). La Société recouvrant les amendes et frais de procès en matière criminelle, correctionnelle ou de simple police se réserve de ne pas tenir compte de la division opérée dans le patrimoine de son débiteur.

Enfin les biens compris dans le homestead sont soumis au point de vue successoral à des règles spéciales afin d'assurer, tant que son but n'est point encore complètement rempli, la durée du patrimoine familial. Ainsi ce groupe de biens pourra être maintenu dans l'indivision, s'il y a des enfants mineurs jusqu'à la majorité du plus jeune (art. 18). Que si ce maintien de l'indivision a été rejeté, le homestead sera sujet à un droit de préemption de la part de l'époux survivant qui en est copropriétaire et l'habite. Cet époux conservera dans l'intérêt de tous le patrimoine familial.

Semblable division de l'hérédité en biens soumis à des régimes différents avait déjà été édictée par la loi de

1894 modifiée par la loi du 12 avril 1906 et complétée par la loi du 10 avril 1908 (art. 82 et 191) sur les habitations à bon marché. Elle faisait déjà échec dans notre législation à la nécessité prétendue de l'indivisibilité du patrimoine.

Et il faut le reconnaître cette notion toute théorique, cette conception rationnelle du patrimoine n'a même pas été invoquée contre l'introduction du « homestead » dans nos lois. C'est que cette réforme, a-t-on cru, était nécessitée par l'état social actuel. C'est aussi qu'elle ne soulevait aucune objection politique. Car, on le sait les principes et les constructions juridiques tenus pour nécessaires ne sont souvent que des prétextes invoqués par les partis politiques pour refuser un droit ou pour édicter une prohibition sans avouer leurs véritables motifs d'ordre tout relatif (1).

De cette brève analyse de la loi de 1909 nous pouvons encore une fois conclure que la théorie classique du patrimoine telle que l'ont *à priori* construite MM. Aubry et Rau, en la déduisant rigoureusement du lien forcé qu'ils établissaient entre le patrimoine et la personnalité humaine n'a point une valeur absolue et peut notamment être rejetée par le législateur (2).

(1) Cf. Saleilles. *De la personnalité juridique* 1910, *passim*.

(2) Il faudrait, pour être complet, signaler les *inaliénabilités* établies directement par la loi (exemple : art. 10, 11, 13 de la L. du 30 mars 1887 sur les monuments historiques) et les *insaisissabilités* légales (pensions alimentaires, portion des salaires et petits traitements, L. du 12 janvier 1895, etc...).

Ces inaliénabilités et ces insaisissabilités ont pour effet d'opérer un *fractionnement* dans le patrimoine, généralement regardé comme indivisible.

CHAPITRE IV

Patrimoines à administrer.

La dot et Le Homestead sont deux ensembles de biens et de dettes particuliers réunis par une communauté de destination. Le but auquel ils répondent est un but essentiellement de conservation. Aussi leur passif est-il fort restreint et ne leur est-il pas en général complètement propre.

Dans le chapitre IV vont être rapidement décrites au contraire, des masses juridiques répondant à des fonctions économiques beaucoup plus actives. La création de dettes rentrant exclusivement dans ces patrimoines et la séparation qui, par là, s'opère entre différents groupes de créanciers, montrent ici clairement l'intérêt qu'il y a à distinguer nettement plusieurs groupes distincts et unifiés de valeurs dans le patrimoine d'une même personne.

§ 1. — *Patrimoine réservé de la loi du 13 juillet 1907.* — Que les époux soient mariés sous un régime ou sous un autre, que les produits du travail personnel de la femme soient communs ou qu'ils soient propres (1)

(1) V. la discussion de cette question dans les thèses très nombreuses auxquelles la loi de 1907 a servi de sujet, en particulier P. Moride.

peu importe, ces biens forment à coup sûr une masse de valeurs distincte des autres objets des droits des époux, un patrimoine. Ce patrimoine a déjà reçu un nom dans la langue juridique, c'est le « patrimoine réservé », c'est le « pécule » de la femme mariée. Il ne s'agit pas là uniquement d'une expression commode pour désigner certains biens donnés. Les valeurs pécuniaires que l'on fait rentrer sous cette dénomination sont liées entre elles juridiquement par leur destination et cette communauté d'affectation leur donne l'unité juridique. Elles comprennent des éléments positifs et négatifs inséparables les uns des autres. La réalisation du but spécial qui les réunit en faisceau est assurée par une administration particulière qui lui est conforme et qui révèle leur groupement à l'extérieur.

En un mot ces valeurs forment véritablement un patrimoine distinct (1).

Au point de vue *actif* le patrimoine réservé de la femme comprend « les produits de son travail personnel et les économies en provenant ». Tous les gains de la femme quel que soit leur quantum ou la dénomination qu'on leur donne : salaires, traitements, profits littéraires ou artistiques ou même — avec quelque nuance (2) — béné-

Des modifications qui ont été apportées par la loi du 13 juillet 1907 au régime de la communauté légale. Thèse, Paris, 1908, ch. II, p. 42 ; P. Guyot. *L'activité économique de la femme mariée et ses conséquences juridiques*. Thèse, Dijon, 1910, p. 156.

(1) Cf. Moride, cité, p. 84 : « Sous la communauté si au point de vue propriété il n'y a toujours actuellement que trois patrimoines, au point de vue pouvoirs, il y en a *quatre*. » Nous transcrivons ces lignes à titre purement indicatif.

(2) La question est discutée pour les bénéfices commerciaux. Le

fices commerciaux, entrent dans ce pécule. Ce ne sont pas ces biens dans leur individualité seulement qui sont destinés à former un « fonds de réserve domestique et familial ». Ce que la loi veut mettre à l'abri de la mauvaise gestion du mari c'est surtout leur valeur. Cette valeur est-elle placée par la femme dans un autre bien matériel, elle ne perd point pour autant son affectation (1). Le bien acquis nouvellement fera lui aussi partie du patrimoine réservé. C'est ce que décide la loi en étendant ce qu'elle dit des produits du travail personnel aux « économies en provenant ». Defait, si l'on voulait permettre à la femme de se constituer un patrimoine séparé en vue des mauvais jours, une caisse noire soustraite aux dilapidations de son mari, il fallait de toute nécessité empêcher le salaire employé en placements quelconques, de tomber purement et simplement en communauté, d'être par là même soumis aux pouvoirs

fonds de commerce appartient en général à la communauté ou au mari. L'on devrait distinguer, — a-t-on proposé, entre l'intérêt des capitaux engagés et le produit du travail de la femme commerçante. Voyez sur ce point Perceau. *Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux soins du ménage*, thèse Paris, 1908, p. 126. C'est la solution proposée par M. Saleilles, *Bulletin soc. Etudes législatives*, 1901, p. 205 (art. 1, § 3). M Guyot, thèse citée, croit devoir repousser tout partage à faire entre ce qui provient du capital fourni par un patrimoine étranger (propres du mari, communauté, propres de la femme) et ce qui provient de l'activité laborieuse de l'épouse. Dans tous les cas, les bénefices commerciaux entreront intégralement dans le *pécule réservé* (pp. 238 et suiv.). Cette décision paraît moins équitable ; elle se fonde cependant sur une exacte interprétation des faits et est défendue par M. Thaller.

(1) Il en est différemment dans les lois belges et suédoises. Le texte voté par la Chambre française en 1895 ne faisait point entrer dans le pécule réservé les biens acquis par la femme avec ses gains personnels. (*J. O.* 1895, Chambres, annexe p. 206).

du mari et exposé à la poursuite de ses créanciers personnels (1). M. Saleilles a montré (2) que dans l'intention de la femme les biens ainsi économisés, le sont en vue de former — à l'insu du mari — un petit capital épargné afin de faire face aux moments de crises. Ces économies sont donc — au moins dans la pensée de l'épouse — affectés à ce même BUT de *préservation familiale* et *domestique* auquel répond l'institution du patrimoine réservé. Le législateur a eu raison de le reconnaître et de faire rentrer les biens réservés dans le pécule administré par la femme. — Feront encore partie du pécule, les arrérages et annuités de pension ou retraites attribuées aux femmes ouvrières, employées, fonctionnaires, ainsi que la rente due à la femme victime d'un accident professionnel. Et d'abord ces pensions alimentaires ou de retraite sont véritablement des produits du travail. Elles proviennent de retenues faites par l'employeur sur leur salaire, parfois de prélèvements opérés par la femme elle-même sur ses gains. Les rentes dues en vertu de la loi de 1898 représentent la capacité de travail enlevée à la femme par l'accident. Leurs arrérages sont destinés à remplacer le salaire correspondant à la puissance disparue. D'autre part et surtout, ces sommes n'ont-elles pas le caractère de suprêmes ressources alimentaires du ménage à mettre à l'abri de la prodigalité du mari ? C'est l'affectation à un but commun qui groupe les différents biens en patrimoines. Nous pensons donc que les valeurs

(1) Cf. *Bulletin de la Société de Lég. comparée*, communication, Bufnoir (1895, p. 168).

(2) Cf. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1902, p. 133.

en question doivent faire partie du pécule, de la masse des biens destinés à préserver la femme des risques de ruine complète que peut lui faire courir la mauvaise gestion de son époux (1).

La consistance active du patrimoine réservé de la femme pourra être établie « par toutes preuves de droit même par témoins mais non par la commune renommée » (art. 4).

De quoi se composera au point de vue *passif*, le patrimoine créé par la loi de 1907 ? Quelles dettes grèvent le pécule actif. Les produits du travail de la femme sont soustraits aux poursuites de certains créanciers qui naguère encore avait prise sur eux. Ils sont le gage de certains créanciers qui ne les atteignaient pas jadis. C'est précisément pourquoi l'on peut dire que dans la législation nouvelle, ils forment un patrimoine séparé. Sont d'abord et incontestablement à la charge du pécule les obligations contractées par la *femme* pour l'administration des biens réservés. Celle ci a-t-elle engagé un procès au sujet d'un bien compris dans le pécule, l'avoué auquel elle doit une somme se fera payer sur le pécule *et sur le pécule seulement*, si elle a plaidé sans autorisation du mari. Pour que les biens réservés soient obligés, semblerait-il à première vue, n'est-il pas nécessaire que l'acte qui fait naître la dette soit conforme à l'intérêt familial, fasse jouer au patrimoine son rôle ? Ce n'est point le système admis. En fait les dettes contractées par la femme sans l'autorisation du mari et dans un intérêt autre que celui du ménage sont les seules qui fassent exclusivement partie du patri-

(1) Sur tout ceci voir note Demogue S. 1909. 2. 119. Sous Orléans, 31 mai 1907.

moine de la loi de 1907, qui grèvent uniquement les biens réservés (1). On a voulu éviter aux tiers la preuve difficile de ce que telle ou telle obligation a été contractée dans un but conforme à la destination du pécule. On a fait appel au formalisme. La *séparation des patrimoines* n'était pas, en effet, établie ici dans une pensée de défiance à l'égard de la gestion de la femme, mais dans un esprit de sauvegarde contre la mauvaise administration du mari. On comprend donc qu'elle n'existe que très imparfaitement au regard des créanciers de l'épouse.

Si donc la femme dûment autorisée soit par le mari, soit de justice s'oblige, elle obligera les biens réservés comme les autres. « Il était évident que ces biens, (les bien réservés) devaient être avant tout affectés aux créanciers avec lesquels la femme aurait traité pour les besoins du ménage. Mais on n'a pas cru pouvoir les soustraire à la poursuite des autres créanciers de la femme... Son crédit d'ailleurs aurait été gravement compromis si les créanciers avaient dû se préoccuper de la nécessité de prouver dans chaque cas particulier que l'acte a été fait pour les besoins du ménage » (2).

D'autre part, il fallait faire à la femme une situation juridique autonome qui lui permette de gérer et d'appliquer à sa destination son patrimoine spécial d'une façon indépendante et même à l'insu du mari. On lui permit de s'engager sans autorisation. La loi présume que l'obligation ainsi contractée a pour objet l'administration ou

(1) Cf. Le Courtois et Surville : *La Loi du 13 juillet 1907*, Paris, 1908, p. 31 ; Pichon, *Revue critique* 1908, p. 216.

(2) *Bulletin Soc. Etud. lég.* 1902, p. 461 (Boistel).

l'emploi du salaire et des économies conformément à leur but et doit par conséquent rentrer dans le patrimoine réservé.

Ce n'est pas tout. On sait que, dès avant la loi de 1907, par l'effet même des règles du Code civil, la femme, sans être spécialement autorisée du mari, pouvait contracter pour fournitures nécessaires au ménage et dépenses courantes, et que les dettes ainsi nées grevaient et la communauté, laquelle a précisément pour fonction de pourvoir aux intérêts du ménage, et même le patrimoine propre du mari. De ce côté, il n'y a rien de changé, si bien que les créanciers de la femme auront dans cette hypothèse précise (fournitures habituelles) action non seulement sur les biens réservés mais encore sur les biens communs et sur les biens personnels de l'époux.

. Si l'on excepte ce cas ancien, souvent désigné sous le nom de « mandat tacite » l'obligation contractée sans autorisation du mari ne sera valable, ne portera sur l'actif réservé qu'à une condition. Le tiers avec qui la femme contracte devra alors avoir été informé, par un acte de notoriété ou par tout autre moyen mentionné dans la convention, de ce que la femme exerce une profession distincte de son mari. Le tiers auquel cette justification est fournie doit savoir que dans les limites de son pécule, mais pas, en principe, au delà, la femme peut s'obliger sans autorisation, Les dettes contractées dans ces conditions font, sous la réserve que nous avons indiquée, exclusivement partie du patrimoine réservé (1).

(1) En ce qui concerne les dettes contractées par la femme antérieurement au mariage, que la date en soit certaine ou non, elles grèvent tout son patrimoine et par conséquent les biens réservés comme la nue propriété de ses propres. Si l'art. 1410 porte une solu-

Le but de la loi en confiant à la femme le pouvoir de conserver et de faire fructifier par sa sage administration dans l'intérêt de la famille, et en vue des jours pénibles, les produits de son industrie personnelle, n'est point de lui permettre de se soustraire aux conséquences de ses délits ou quasi-délits. Vis-à-vis des tiers victimes de ses fautes la distinction entre biens réservés et autres biens appartenant à la femme, n'a point de raison d'être. Par contre, et cela prouve jusqu'à quel point il est vrai de dire que nous nous trouvons en face d'un petit patrimoine ayant une destination légale qui lui est propre, l'article 3 permet aux créanciers *du mari* de poursuivre les biens réservés *lorsqu'il s'agit des dettes contractées dans l'intérêt du ménage*. Il en sera ainsi quel que soit le régime adopté alors même que sans qu'il puisse y avoir aucun doute les biens réservés, étant donné le contrat de mariage, ne puissent pas être regardés comme communs. Le pécule, fonds d'affectation domestique, sert de gage à une certaine catégorie de dépenses familiales sans qu'il y ait à s'occuper de savoir par qui elles ont été engagées (1). Il s'agit moins de déterminer par qui les obligations ont été souscrites, que de préciser *pourquoi*. L'idée de but a remplacé l'idée de cause. Ce qui unifie le patrimoine réservé, lui attribue un actif et un passif propres c'est sa destination. Elle en est le centre beaucoup plus que la femme, à laquelle cependant, sous certains régimes, l'actif du pécule appartient.

Si l'on s'inspire du but social auquel répond la loi de

tion contraire pour ce qui est des biens communs lorsque ces dettes n'ont pas de date certaine, c'est qu'il y a alors une question de preuve de la date à laquelle est intéressé un tiers, *le mari* (art. 1328).

(1) V. Saleilles, *Bull. Soc. Etudes législ.* 1907, p. 574.

1907 : assurer à un ménage dont l'avoir est mal administré des ressources suffisantes pour parer aux besoins présents et pour garantir l'avenir, il sera possible de résoudre équitablement la question de validité de la signature donnée par la femme à un créancier personnel de son mari, Au lieu d'une solution rigide, nullité complète de l'engagement (M. Violette) (1), l'on arrivera à des décisions extrêmement souples. Conformément aux principes généraux l'obligation de l'épouse est valable, Aucun texte n'en décide la nullité. Toutefois cette dette ne pourra être exécutée sur le pécule que si elle a été contractée dans un intérêt domestique et familial, par exemple afin d'aider le mari dans une situation difficile qui menace de créer une véritable crise et peut être la ruine du ménage... Admettre que les biens soustraits à l'administration du mari forment un patrimoine à part permettra par contre de refuser l'entrée dans cette masse de valeurs à d'autres dettes provenant de cautionnements manifestement étrangers à sa destination.

Enfin, et ceci montre d'une façon tout à fait péremptoire que sans s'en rendre compte peut-être, le législateur de 1907 a créé, une unité nouvelle, un patrimoine nouveau, le système des récompenses *joue* à l'égard du pécule de la femme. A quelle idée répond un système de récompenses ? Il a toujours pour but d'empêcher l'enrichissement d'un patrimoine aux dépens d'un autre, la diminution d'un groupe de biens affectés à telle destination au profit d'un autre groupe consacré à tel autre but. A l'intérieur d'un même patrimoine non divisé le système des récompenses ne fonctionne pas : si j'augmente la valeur

(1) *J. O.* Chambres, 1907 (*Doc. parl.*, annexe), rapport du 28 juin.

de mes meubles au préjudice de la valeur de mes immeubles, mon avoir mobilier ne devra point récompenser mon avoir immobilier. Il s'agit là, en effet, d'objets qui ne font point partie de deux patrimoines distincts. Si, au contraire, dans un même patrimoine, se trouvent plusieurs petits patrimoines différents le système des récompenses va fonctionner et c'est ce qui se passe à l'égard du pécule réservé de la femme mariée. Cette théorie correspond à la théorie des créances et des dettes entre patrimoines complètement indépendants, appartenant à des personnes différentes.

Supposons que les époux ayant fait un contrat de mariage *les biens réservés soient des propres*. Si le pécule ne formait pas un patrimoine distinct le système des récompenses ne devrait pas fonctionner entre les biens réservés et les autres propres de la femme. En fait, il jouera. Formulons en effet une hypothèse : Durant le mariage une dette relative à un des biens soustraits à l'administration du mari a été payé avec un propre ordinaire de la femme, « les frais d'un procès relatif à un bien réservé ont atteint 4.000 francs, ces 4.000 francs ont été payés avec un propre de la femme » (1). On sait que la loi (art. 5) décide que s'il y a communauté ou société d'acquêt, les biens réservés entreront dans le partage du fonds commun (2). A la dissolution du mariage la femme se porte acceptante. Dans ce cas et avant tout partage les biens réservés devront récompense au patrimoine des propres de la femme pour la somme en question. Admettons qu'à la dissolu-

(1) Exemple emprunté à P. Moride, *op. cit.*, p. 128.

(2) Cette décision ne tranche pas du reste la question de savoir si sous le régime de communauté légaleles biens réservés sont propres ou communs.(Cf. Saleilles, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives* (1907)

tion les biens réservés atteignent le chiffre de 14.000 francs. La femme accepte. Le pécule sera partagé en deux. Si le système des récompenses ne fonctionnait, chaque époux prendrait 7.000 francs. Un tel résultat serait contraire à l'esprit de la loi. La liquidation se fera autrement. La femme prendra d'abord 4.000 francs, à titre de récompense. Puis le partage aura lieu et chaque conjoint recevra 5.000 francs. Ainsi la femme obtiendra 9.000 francs et le mari 5.000 seulement. Il y aura en récompense d'un propre vis-à-vis d'un propre, ce qui montre qu'au sein du patrimoine propre de la femme ses biens réservés forment une unité distincte et ce qui permet véritablement d'affirmer que celui-ci est divisé.

Avec la majorité de la doctrine déciderons-nous, que sous le régime de communauté, les biens réservés sont communs, nous dirons encore que le pécule forme un patrimoine propre. Nous croyons, — et nous essayerons d'en donner une démonstration dans notre III[e] livre, — que la communauté est un véritable patrimoine. Ce patrimoine n'est point indivisible. Les biens réservés de la loi de 1907 sont dans le patrimoine de communauté un patrimoine séparé. Aussi, peut-il y avoir lieu à récompense entre les biens communs *réservés* et les biens communs *ordinaires*. D'après l'article3 de la loi, il est au moins un cas précis dans lequel les *biens communs réservés* devront récompense aux *biens communs ordinaires*, dans lequel le patrimoine soustrait à l'administration du mari devra récompense au patrimoine de communauté à l'intérieur duquel il forme une division, une unité distincte. Ce cas se présentera quand, durant le mariage, une dette relative à un bien réservé (frais d'entretien, etc...) aura été soldée avec un bien commun ordinaire.

Présumer l'emploi par la femme des biens réservés, conformément à leur affectation dans l'intérêt domestique et familial n'était pas suffisant. Il fallait prévoir que parfois la femme détournerait de leur but les biens compris dans le patrimoine constitué par la loi de 1907 et trouver un remède à des abus toujours possibles. L'article 7 permet au mari, si la femme ne subvient pas spontanément à l'entretien commun, de pratiquer, avec l'autorisation du juge de paix, une saisie-arrêt afin de toucher une partie des gains personnels de son épouse. De plus la femme est soumise à la surveillance d'un pouvoir supérieur. Avec l'autorisation du président du tribunal le mari peut faire opposition à un acte projeté par elle (art. 2). Il peut aussi obtenir de la justice la révocation totale ou partielle des pouvoirs que la loi confère à la femme sur son pécule.

Les biens réservés de la femme mariée forment un tout distinct quant à sa destination. La loi cherche à assurer le maintien de cette affectation spéciale. Et comme l'exige la réalisation même du but auquel ils sont consacrés, les biens réservés ont nettement l'aspect d'une unité quant à leur administration. Le patrimoine de la loi de 1907 est géré tout entier par la femme. Et vis-à-vis du seul pécule, celle-ci est munie de pouvoirs tout spéciaux. Le patrimoine réservé échappe à la plupart des règles auxquelles sont soumis les autres biens (4). Des valeurs qui en font partie, la femme peut faire emploi en acquisitions mobilières ou immobilières sans l'autorisation de son mari. C'est seulement lorsqu'elle est mariée sous le régime de la séparation de biens que les pouvoirs de la

(4) Cf. Moride, thèse citée, p. 84.

femme sur les biens réservés sont analogues à ceux qu'elle possède sur ses autres biens. En ce cas cependant, les produits du travail personnel de la femme et les économies en provenant apparaissent encore comme une catégorie de biens distincts quant aux pouvoirs que l'épouse possède sur eux : la femme séparée de biens n'a en effet nullement le droit d'aliéner même à titre onéreux un immeuble sans l'autorisation de son mari. Ce droit appartient au contraire à l'épouse sur son pécule.

La destination à laquelle répond le patrimoine réservé maintiendra sa séparation d'avec les autres biens à la dissolution de la communauté.

A la mort de la femme le pécule n'a plus de rôle à jouer. Le but qui réunit ses divers éléments est de garantir, dans un intérêt domestique et familial, la femme contre l'administration du mari. La femme meurt-elle, il n'y a aucune raison pour conserver vis-à-vis de ses héritiers une distinction désormais inutile. Le patrimoine hérédité de la femme ne connaît point cette division.

Par contre si la communauté est dissoute par le décès du mari ou par le fait de ses dilapidations, il faut, pour que le but du pécule soit rempli que les biens réservés ne puissent être soustraits à la femme ou à ses héritiers, alors qu'ils leur sont peut-être fort nécessaires. La femme ou ses héritiers n'ont-ils point à se plaindre de la gestion du mari ils accepteront la communauté, les biens réservés seront partagés. Il ne serait pas juste que la femme profite de la moitié des salaires de son mari et conserve la totalité de ses gains personnels. — L'administration des biens communs par le mari a-t-elle, à l'inverse, été mauvaise, la femme renoncera. Si en pareil cas, le patrimoine réservé venait, comme

dans la première hypothèse, se fondre dans les biens communs, il serait absorbé par les créanciers et perdu pour la femme, victime de la prodigalité du mari. Son affectation est, tout au contraire, de subvenir aux besoins de la femme ou des enfants aux jours mauvais. Le pécule conservera donc son unité et la femme le reprendra franc et quitte de toutes dettes autres que celles dont il était antérieurement le gage. Cette faculté de conserver le pécule comme tel appartiendra également aux héritiers de la femme en ligne directe.

Nous croyons avoir montré que, sur beaucoup de points et pour s'adapter exactement aux besoins de la vie, la loi du 13 juillet 1907 édicte des solutions en contradiction formelle avec le principe considéré *a priori* comme nécessaire et absolu de l'indivisibilité du patrimoine. Il est permis de penser que pour aboutir plus complètement au résultat que l'on se proposait d'attiendre, on aurait dû écarter davantage encore cette idée.

Que se proposait-on, en effet, en édictant la réforme? Répétons-le encore une fois, on se préoccupait d'assurer la vie du ménage. On n'avait point pour but d'autoriser la femme à satisfaire ses caprices. La loi a été faite moins en faveur de la femme que dans l'intérêt de la famille entière, des enfants. On a voulu préserver l'épouse de la mauvaise administration du mari; lui permettre de vivre et, autant que possible, de pourvoir aux besoins domestiques en face d'un mari incapable ou dissipateur. L'objet de la loi n'a, croyons-nous, pas été entièrement rempli. Consciemment ou non, le législateur s'est laissé influencer par l'idée classique de l'indivisibilité nécessaire du patrimoine.

Il fallait déclarer que les biens réservés formeraient à tous les points de vue, un patrimoine d'affectation domestique — selon l'expression de M. Saleilles (1), — affirmer que ces biens ont été séparés des autres par la loi pour mieux permettre à la femme de remplir son rôle de ménagère, de préposée aux besoins familiaux. On n'a pas osé le faire, on n'a pas cru pouvoir opérer nettement la distinction des patrimoines à l'égard des créanciers de la femme. On a su décider que les biens réservés seraient affectés à tous les créanciers qui auraient traité avec l'épouse pour les besoins du ménage. Mais on n'a pas cru pouvoir les soustraire à la poursuite des autres créanciers de la femme autorisée. On a pensé qu'il était impossible d'établir une séparation absolue : Le patrimoine est indivisible, a-t-on dit, tous les biens dont la femme a la libre disposition doivent former le gage de tous ses créanciers.

La solution du législateur, faute de s'être dégagée de ce principe *a priori* est loin de satisfaire pleinement. Lorsque la femme contracte une obligation sans rapport avec les intérêts domestiques et familiaux la véritable solution consisterait à ne pas faire entrer pareille dette dans le patrimoine réservé. Semblable obligation n'a pas été créée dans le but auquel répond l'institution du pécule. Elle ne se rattache à son actif par aucun lien. Ce n'est pas, nous le savons, ce qu'il faut admettre en droit positif : la loi est encore en partie imprégnée de l'idée d'indivisibilité du patrimoine. Le législateur a consacré des solutions opposées. Ou bien la femme a été autorisée par son mari à souscrire la dette

(1) *Bulletin de la Soc. d'Et. législat.* 1907, p. 571.

étrangère au but du pécule, l'obligation est valable et le créancier pourra poursuivre indistinctement le patrimoine entier de la femme (art. 2092. C. c.). Ou bien l'épouse s'est engagée sans autorisation et alors, en tout ce qui concerne ses biens ordinaires elle va être regardée comme n'ayant pu contracter valablement. C'est précisément sur les biens réservés que va s'exécuter cette dette!...

Les créanciers dont la créance correspond à un engagement pris dans un intérêt domestique et familial, n'ont-t-ils pas au moins un droit de préférence? Les biens faisant partie du pécule ne devraient-ils pas leur être affectés en premier lieu, alors même que l'on n'aurait pas cru pouvoir les soustraire aux poursuites des autres créanciers? Il semble que la théorie du pécule patrimoine spécialisé permette de l'admettre. Nous craignons cependant que, persuadé que ce serait créer là un *privilège* sans texte, la majeure partie des interprètes repousse cette idée.

Ainsi, pour n'avoir fait table rase de tout principe théorique préconçu, on rend possible la dissipation des produits de son travail par la femme elle-même, avec ou sans la complicité de son mari. Ce qu'il fallait faire, c'était séparer plus nettement encore, le pécule des autres biens. Toute dette qui n'aurait pas répondu au but spécial qui le crée ne serait point entrée dans ce petit patrimoine, n'aurait point fait partie de son passif. Ce point acquis, on aurait distingué pour savoir si d'autres biens étaient grevés entre le cas où la femme aurait été autorisée du mari et celui dans lequel elle ne l'aurait pas été. L'on aurait alors décidé que quand une femme non autorisée achète à crédit une parure de luxe, le créancier ne peut poursuivre aucun bien. Que si la femme autorisée fait un

pareil achat, le créancier pourra poursuivre tous ses biens sauf le pécule. Ces solutions seraient sans doute préférables à celles qu'a consacrées la loi du 13 juillet 1907.

§ 2.—Dans la catégorie des patrimoines, dont la destination même — non plus purement conservatoire mais active — postule, avec une administration spéciale, la passation de différents contrats et en particulier la création de dettes, peut également se ranger le phénomène suivant.

Un navire, ses accessoires et son frêt, propriété de l'armateur, les créances et les dettes relatives à ce navire et à l'expédition, nées par le fait du capitaine qui en a le commandement, forment un tout juridique inséparable, dans lequel le passif est le contre-poids de l'actif : un patrimoine distinct du reste de la fortune de l'armateur (biens terrestres, autres navires).

Selon les principes du mandat, d'une part et conformément à l'article 1384 du Code civil de l'autre, toutes règles que rappelle l'article 216 alinéa 1er du Code de commerce, le propriétaire du navire est tenu des obligations contractuelles ou délictuelles du capitaine.

Contrairement au principe posé par l'article 2092, il n'en est point tenu sur tous ses biens. Le législateur restreint les risques et les responsabilités du propriétaire à la valeur du frêt et du navire. Le navire et sa cargaison forment le seul ensemble de biens affecté au voyage maritime. C'est dans cet ensemble, qui constitue à certains points de vue une masse distincte, qu'entrent les dettes provenant du fait du capitaine préposé. Elles ne font point partie du reste du patrimoine de l'armateur. Son patrimoine entier ne serait engagé que si le propriétaire du navire négligeait de se prévaloir de la séparation de sa fortune

en plusieurs masses d'affectations spéciales. Alors même que le chiffre nominal des obligations dont l'armateur serait tenu envers les tiers par le fait du capitaine, dépasserait le prix du navire et du frêt, l'armateur peut en abandonnant et ce navire et ce frêt, se libérer entièrement de ces obligations (1). L'armateur fait à cette catégorie de créanciers l'*abandon* complet de ce petit patrimoine qui seul renferme leurs dettes. Ils le liquideront entre eux. Ce délaissement décharge le propriétaire de toute responsabilité lui incombant du chef du capitaine.

Ainsi chaque navire forme, à certains points de vue, un petit patrimoine spécialisé, comprenant un actif et un passif distinct : ensemble complexe dans lequel l'actif seul répond du passif, affecté à un but maritime particulier. Ce qui dans les biens de l'armateur, ne fait point partie de cet actif nettement déterminé n'a pas la charge du passif particulier strictement délimité lui aussi. C'est à bon droit que l'on peut considérer le patrimoine de l'armateur comme divisé en plusieurs groupes unifiés de valeurs présentant d'eux-mêmes l'aspect et le caractère de patrimoines.

Ces petits patrimoines d'affectation font cependant partie au point de vue actif du patrimoine de l'armateur dont ils sont une fraction. Les créanciers ordinaires pourront se faire payer sur eux et ceux, dont le navire et son frêt forme l'unique gage, n'auront point de droit de préférence, à moins qu'ils ne se trouvent d'autre part à

(1) Paris, 24 mai 1862. S. 62. 2. 243 ; Poitiers, 23 fév. 1876. S. 76. 2. 214 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 1666 ; *Rép. génér. alphab. de Dr. français* ; Fuzier-Herman, 1889. V° *Armateur*, ch. IV, n° 202 et suiv., et 1901, V° *Navire*, ch. IV, sect. 2, n° 488.

raison de la qualité de leurs créances dans la catégorie des créanciers privilègiés.

Avant de clore cette rapide esquisse de la division qui s'opère dans le patrimoine de l'arma eur entre sa fortune terrestre et chaque unité de son avoir maritime, deux remarques s'imposent. De droit les dettes grèvent le patrimoine présent. Celui-ci liquidé et reconnu insuffisant, elles atteignent encore les biens à venir. Il en est ainsi même en cas de faillite (art. 443 Co. co.) (1). Nous avons admis, d'autre part, (2) quand un individu donnait ou distribuait son patrimoine présent, qu'avec l'actif était transmis aux donataires, aux copartagés, le passif mais qu'en ce cas, le donateur restait cependant tenu sur ses biens à venir (survivance de l'obligation portant sur la personne, sur son activité). Ici au contraire le patrimoine que crée l'expédition maritime a seul la charge de ses dettes. L'armateur n'est engagé, ni sur ses autres biens présents, ni sur ses biens futurs. L'évolution juridique est achevée et la garantie réelle indéterminée remplace complètement l'obligation personnelle.

L'analyse du patrimoine-navire nous permet de compléter et de rectifier nos premiers aperçus au sujet du concept de patrimoine. Dans ce cas, en effet, l'affectation qui groupe certains biens et certaines dettes en un tout inséparable n'est point un *but distinct* en lui-même. Chaque navire n'est qu'un *moyen* d'enrichissement *entre les mains de l'armateur*, et l'intérêt de l'expédition navale

(1) Au contraire le droit allemand décide que le patrimoine de faillite une fois liquidé, les dettes qui en faisaient partie sont définitivement éteintes au point de vue civil. V° *supra*, même Liv. ch. II, p. 270.

(2) *Supra*. Liv. I^er^, 1^re^ partie, p. 143.

ne se distingue nullement de l'intérêt de l'armateur. En l'absence de destination autonome, ce qui permet d'extérioriser la masse des biens consacrés à un même voyage maritime, c'est la présence du capitaine, d'un mandataire muni de droits spéciuax et représentant ce patrimoine et ce patrimoine seul vis-à-vis des tiers.

Nous dirons désormais, qu'à côté du but indépendant, l'unité de destination, alors même qu'elle ne se présenterait que comme un moyen, peut donner naissance à un patrimoine, au moins quand elle s'annonce par une administration spéciale confiée à un tiers préposé dont la surveillance est difficile et les pouvoirs nécessairement considérables.

Ce bref rappel, d'une situation spéciale au droit maritime, terminera l'examen des divisions opérées dans le patrimoine par la loi positive. A côté des exceptions à l'idée d'indivisibilité admises par MM. Aubry et Rau eux-mêmes, nous avons noté, dans les cas les plus divers, l'existence de groupes de biens, qu'à notre sens, notre droit — parfois des lois récentes — considère comme autant de petits patrimoines inclus dans le patrimoine d'une même personne.

La notion d'indivisibilité, partie essentielle de la construction classique, parait ici insuffisante à expliquer la législation positive. L'Ecole ne peut voir dans ces règles que des dérogations aux principes rationnels du droit, dérogations dont elle s'efforcera du reste, en méconnaissant souvent les nécessités pratiques, de restreindre le nombre et la portée.

CHAPITRE V

Recherches sur la création de patrimoines séparés par la seule volonté et en dehors des prévisions de la loi. — Section I. Patrimoines à liquider. — Section II. - Patrimoines à conserver. — Question des stipulations d'inaliénabilité. — Section III. Patrimoines à administrer. — Fondations. Pécule conventionnel. — Discussions au sujet du fonds de commerce, de la faillite. — Conclusion.

Jusqu'ici, nous nous sommes contenté de relever les atteintes portées à l'idée d'indivisibilité par le *législateur* lui-même. Il sied maintenant d'examiner jusqu'à quel point et dans quels cas il est permis, à *la seule volonté de l'homme*, en dehors des prévisions formelles de la loi, de créer, au sein d'un même patrimoine, des divisions en unités plus petites plus ou moins indépendantes.

Nous suivrons toujours le même plan dans nos recherches patrimoines à liquider, patrimoines à conserver, patrimoines à administrer.

Section I. — *Patrimoines à liquider.*

Nous commençons par un procès-verbal de carence. L'idée d'un patrimoine créé spécialement pour être liquidé ne paraît pas correspondre à quelque chose de pratique.

Sans doute l'on peut imaginer un débiteur qui, par *convention spéciale*, avec chacun d'eux limite le gage d'une catégorie de ses créanciers (1). Il n'y aura pas toutefois, pour autant, le cas échéant, liquidation de ce gage réduit, comparable à la liquidation d'un patrimoine véritable. Les créanciers dont les dettes portent sur l'ensemble

(1) L'on admet aujourd'hui que l'art. 2092, n'est pas d'ordre public.

entier des biens concourront, sans aucun doute avec ceux dont la sûreté a été diminuée. Personne ne songerait à accorder un droit de préférence à ces derniers sur la fraction du patrimoine qui seule supporte leurs créances.

Ceci s'explique fort bien et confirme l'hypothèse que nous avons proposée. A aucun moment, ces deux groupes de biens n'ont été séparés par une diversité de but. Il n'y a point de destination spéciale qui unifie le gage réduit d'une catégorie artificielle de créanciers et en fasse un patrimoine. En cas de faillite, au contraire, nous avons vu que, tandis que les biens étaient tous affectés à la satisfaction de la masse des créanciers, but externe au failli, le commerçant pouvait, dans son intérêt personnel, créer un nouvel ensemble complexe de biens et de dettes. Rien de semblable ici. Les buts qu'a pu se proposer le titulaire du patrimoine, — en admettant qu'il ait réparti les différents créanciers à gages spéciaux d'après la destination à laquelle répondent leurs créances, — ne s'extériorisent vis-à-vis des tiers, ni par leur indépendance, ni par une administration spéciale des biens qui leur sont affectés (cf. syndic de la faillite et commerçant ; Capitaines et armateur). Aussi bien, alors même que tous les créanciers d'un individu seraient cantonnés sur différentes parties de son patrimoine, parties sur lesquelles ils viendraient forcément en concours par catégorie, il n'y aurait pas création de petits patrimoines distincts. Et cette idée se traduit, sur le terrain juridique, par l'obligation dans laquelle se trouve le débiteur de spécifier *pour chaque créancier*, le gage qui lui sera assigné, par dérogation à l'article 2092. Toutefois au contraire, que l'on se trouve en présence d'une division du patrimoine véritable, ce qui détermine les créances qui entrent ou

n'entrent pas dans un petit patrimoine, c'est leur but, c'est leur conformité ou leur non conformité à la destination qui unifie ce petit ensemble de biens. Dans un cas, les créances sont *à l'avance* divisées en deux classes par la diversité des intérêts auxquels elles peuvent répondre, dans l'autre il n'y a qu'une limitation de gage conclue arbitrairement *au moment de chaque contrat*.

Nous retrouverons le bénéfice de ces quelques observations dans notre troisième livre.

Section II. — *Patrimoines à Conserver.*

Cette hypothèse est beaucoup plus pratique. Elle soulève des problèmes intéressants et souvent discutés.

Dans notre sujet la question se pose ainsi : L'affectation d'une masse de biens à un but spécial, à une destination qui la rend toute entière indisponible, insaisissable dans la mesure nécessaire à la conservation de l'affectation à laquelle elle est consacrée, peut-elle être obtenue hors des cas (régime dotal, homestead) dans lesquels la loi l'a formellement prévue et réglementée ? La jurisprudence l'admet. Il y a même là quelque chose de très pratique et l'expression d'un véritable besoin de la vie juridique. Seule la doctrine de l'indivisibilité du patrimoine aurait pu et pourrait encore, entre les mains d'interprètes imbus de la méthode classique y apporter obstacle.

§ 1. - *Les faits.* — En partant des faits (1), nous allons énumérer les différentes situations qui se peuvent analyser en création d'un ou plusieurs biens revêtus

(1) L'exposé de jurisprudence le plus récent, à notre connaissance, a été donné par M. Thomas dans la *Revue générale du Droit*, t. XXXII, 1908, pp. 39, 117, 241, 385, 529 et t XXXIII, 1909, pp. 199, 326 et 427.

d'une individualité propre dans un patrimoine divisé.

Fréquemment une clause contenue dans un acte d'aliénation soumet les biens qui en sont l'objet à une inaliénabilité plus ou moins complète. Les décisions judiciaires relatives à semblables clauses sont très abondantes. Chacun le sait : Elles établissent une distinction fondamentale entre les prohibitions d'aliéner perpétuelles et les prohibitions relatives et temporaires (1). Elles reconnaissent la validité de ces dernières, sous certaines conditions (2). Dans les premières, elles ne voient rien d'obligatoire, rien dont l'autorité publique doive assurer l'exécution (3). Et voici comment argumentent les tribunaux. L'article 537 C. c. (4) décide que « les particuliers ont la *libre disposition* des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois ». Cette règle légale peut fléchir lorsqu'il s'agit d'une restriction temporaire qu'un intérêt légitime justifie. Elle doit au contraire être regardée comme d'ordre public en tant qu'elle indique un caractère dont la propriété ne saurait être privée d'une façon absolue et perpétuelle. A ce point de vue une convention

(1) Sur toutes ces clauses, cf. Bretonneau. *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises.* Thèse, Paris, 1902 ; Sur la distinction entre les différentes prohibitions suivant leur étendue. V. Cass. 22 juillet 1872. D. 73. 1. 242 ; Cass. 19 mars 1877. (D. 79. 1. 455.) Cass. 9 mars 1900. S 1902. 2. 282 (note Boutaud).

(2) Paris, 23 mai 1828. Sous Cass. D. 31. 1. 79 ; Cass. 22 juil. 1896. D. 98. 1. 17 ; Req. 18 av. 1901. D. 1902. 1. 71.

(3) Angers, 29 juin 1842. D. 42. 2. 218 ; Cass. 8 juin 1853. D. 53. 1. 190. ; Cass. 20 avril 1858 D. 58. 1. 154. Req. 27 juillet 1863. D. 64. 1. 494 ; Paris, 15 février 1905. *Gaz. Tribunaux*, 22 mars 1905.

(4) Cf. art. 1594 et 1598.

particulière n'y peut déroger (art. 6). L'ordre public actuel est, selon la jurisprudence, intéressé à la libre circulation des biens (1) ; il craint la résurrection du régime féodal : il protège la liberté individuelle en ne lui permettant pas de s'obliger à tout jamais (cf. art. 1780). Une clause d'inaliénabilité perpétuelle ne saurait donc être sanctionnée par les Tribunaux.

La validité des prohibitions d'aliénés temporaires ou relatives, si elles sont motivées par un intérêt sérieux et légitime est, au contraire, reconnue. L'emploi qui est fait de la clause d'inaliénabilité est alors licite (2).

Les intérêts qui méritent protection seront ou celui du disposant ou celui du futur propriétaire, ou encore celui d'un tiers étranger au contrat qui a formulé la prohibition (3).

En réalité, les inaliénabilités créées de toutes pièces en dehors des cas prévus par la loi, issus de la seule volonté des particuliers ne résultent jamais d'une décision unilatérale prise spontanément par le propriétaire des biens. Elles lui sont toujours imposées par une volonté étrangère. On ne se prive pas bénévolement de la faculté d'aliéner. On ne se lie pas les mains à soi-même. L'on n'accepte de diminution à son pouvoir de disposition que si, tout compte fait, et malgré cela on se trouve

(1) Cass. 19 mars 1877 déjà cité ; Cass 20 mars 1879. D.79 1.431 ; 10 nov. 1896. D. 97. 1. 150, etc.

(2) Cf. Cass., 12 juillet 1865, D. 65. 1. 475, etc *Adde* Paris, 12 juin 1903 sous Req., 18 janvier 1905, D. 1905. 1. 477.

(3) Cf. Toulouse, 6 juil. 1883, *Gaz. Pal.* 83.2.250 ; Trib. civ. Seine, 12 juin 1890. P. 91. 2.24 ; Marseille, 27 mars 1896. Sous cass. D. 1900. 1.533, etc., etc., *adde* Civ. 8 nov. 1897. D. 98. 1.47 ; Civ. 16 mars 1903. D. 1905. 1. 126.

enrichi. En général, la clause qui nous occupe se trouve incluse à titre accessoire dans un acte principal qui fournit au propriétaire un avantage en compensation de la prohibition d'aliéner. Ce contrat sera rarement à titre onéreux. Dans les libéralités la clause d'inaliénabilité portera le plus souvent sur les biens donnés ou légués eux-mêmes. Le donataire conservera toute liberté sur les biens qu'il possédait antérieurement. D'autre part le disposant qui pourrait ne rien donner, n'est-il pas tenté d'interdire à celui qui reçoit sans fournir aucune contre prestation, toute aliénation qui porterait atteinte à un intérêt dont lui, son bienfaiteur, se préoccupe (1).

L'intérêt du donateur (puisque c'est d'une donation qu'il sera question d'ordinaire) sera, soit de s'assurer le bénéfice du retour légal de l'article 747 (2), soit de faciliter l'exercice d'un usufruit, d'un droit d'usage ou d'habitation (3), d'un droit réel qu'il s'est réservé sur les biens qu'il a donnés, soit encore de garantir plus efficacement le service d'une rente viagère (4) qu'il s'est fait promettre et qui représente une partie des revenus du bien qui deviendra indisponible.

L'intérêt d'un tiers étranger à la disposition pourra être celui d'un légataire auquel le défunt aura constitué un usufruit ou une rente viagère sur les biens qu'il trans-

(1) Nous suivons ici les indications synthétiques données par M. Bretonneau, *loc. cit. Introduction*, p. 9, 10, 21.

(2) Angers, 29 juin 1842, D. 42. 2. 218; Douai, 26 décembre 1885, rapporté dans D. 87. 1. 204... ; Montpellier, 26 décembre 1907, *Mon. Midi*, 9 février 1908.

(3) Req., 2 janvier 1838, D. 38. 1. 110 ; Req., 22 juillet 1872, D. 72. 1. 242 ; Req., 10 février 1897, S. 1900. 1. 30.

(4) Req., 27 juillet 1863, D. 64. 1. 494.

mettait à ses héritiers (1) : ou bien celui d'un légataire de la nue-propriété que le testateur veut pourvoir d'un usufruitier de relations faciles et dont l'exploitation ne sera pas abusive (2) : celui de colégataires entre lesquels existe un droit réciproque d'accroissement et auxquels il en faut maintenir le bénéfice éventuel (3) : ou encore celui des enfants ou de la famille du donataire, à qui l'on veut garder un revenu pour le présent et un capital pour l'avenir (4).

L'intérêt du gratifié (5) enfin, qu'il importe de prémunir contre sa prodigalité ou son inexpérience en lui interdisant jusqu'à un certain âge l'aliénation des biens donnés (6) ; ou en lui ménageant, malgré lui, une rente ou un usufruit de caractère alimentaire (7) : dont on facilitera l'établissement en l'obligeant à réserver les

(1) Douai, 27 avril 1864, D. 64. 2. 89 ; Cass., 24 avril 1894, D. 95. 1. 91.

(2) Poitiers, 16 juin 1866, S. 68. 1. 204 ; Pau, 29 janvier 1867, *Journ. Pal.*, 1867, p. 843.

(3) Rennes, 16 février 1876 sous Cass., 11 juillet 1877, D. 78. 1. 62.

(4) Paul, 23 mai 1828 sous Cass., D. 1891. 1. 79 ; Grenoble, 25 janvier 1860, D. 60. 2. 177.

(5) *Contra* Douai, 29 décembre 1847, D. 48. 2. 68.

(6) Angers, 29 juin 1842, D. 42. 2. 218 ; Req., 18 avril 1901, D. 1902. 1. 71 ; Paris, 12 janvier 1906, D. 06. 2. 364 ; Req., 11 juillet 1877, 1. 62. *Contra* Paris, 27 juin 1900, *Le Droit* du 8 septembre 1900.

(7) Poitiers, 16 juin 1866 et Req., 9 mars 1868, S. 68. 1. 204 ; Paris, 5 novembre 1901, D. 1902. 2. 89 ; Rouen, 8 avril 1868, S. 69. 2. 87 ; Rouen, 15 janvier 1880, *Rec. Cass. et Rouen*, t. 49, p. 132. Il en est de même de l'insaisissabilité qui l'accompagne, cf. Rennes, 22 mars 1862, et sur pourvoi, Req., 27 juillet 1863, D. 1903. 2. 241 ; Paris, 19 janvier 1886, S. 87. 2. 1 et la note de M. Labbé ; Paris, 25 mars 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, IIe sem., table, Ve *Legs*, no 19.

sommes qu'il a reçues jusqu'à la célébration de son mariage (1) etc..., justifiera l'emploi de la prohibition d'aliéner.

Il faut, de plus, pour que la prohibition d'aliéner soit valable, que l'importance des biens qui en sont l'objet soit en rapport avec l'intérêt que l'on se propose de garantir (2).

L'inaliénabilité ne dure que le temps nécessaire à la satisfaction du but qu'elle poursuit. Sa tâche accomplie, elle ne sera plus regardée comme obligatoire alors même qu'une durée plus longue lui aurait été assignée. Une inaliénabilité trouvait-elle sa justification dans l'éventualité d'un droit de retour à conserver, l'ascendant donateur mort, la clause ne produira plus d'effet (3).

Tous les biens, en général, peuvent faire l'objet de la clause d'inaliénabilité (4). Il n'est pas nécessaire que les biens frappés aient été directement transmis au propriétaire grevé. Ce peut être des objets acquis, conformément à un emploi prescrit, avec les sommes données ou léguées (5). La clause ne peut toutefois porter sur des

(1) Paris, 16 février 1859, S. 60. 2. 186 ; Paris, 14 juin 1883, D 83. 2. 172.

(2) Cf. Douai, 27 avril 1864, D. 64. 2. 89 et Cass. civ., 8 novembre 1897 (D. 98. 2. 89).

(3) Douai, 23 juin 1851. D. 52.2.245.

(4) *Revenus* : Caen, 12 juin 1854.D.55.2.193 ; *Usufruit* : Poitiers, 16 juil.1866 et Requêtes, 6 mars 1868.S.68.1.204.Toulouse, 6 juil. 1883. *Gaz. Pal.* 83.2.259; *Créances* : Civ. 15 mars 1870. *Journ. Pal.* 70. p. 856; *Rentes* V. Cass. 16 mars 1903. S. 1906, 1, 513, note Tissier.

(5) Cf.Caen, 18 déc. 1849. D.51.2.233 ; Seine, 7 nov. 1889. La loi, 13 nov. 1889.

biens qui n'ont pas été transmis au gratifié par le donateur. Le donateur ne peut défendre au donataire de vendre des biens qui lui appartiennent déjà (1). Elle ne saurait davantage atteindre la réserve du gratifié (2).

D'après la jurisprudence, la clause d'inaliénabilité entraîne certains résultats, de plus elle est sanctionnée.

Les *actes interdits* sont tous les actes de disposition volontairement effectués par le propriétaire : vente, échange, et même cession de revenus à échoir (3). Comment, en effet, dans ce dernier cas pourvoirait-on aux besoins qui ont fait établir l'inaliénabilité. Un capital sans revenus ne saurait répondre, dans la majorité des cas, *au but* qu'a assigné aux biens le donateur.

Les actes constitutifs de droits réels de gage, d'antichrèse, d'hypothèque, vont également contre la clause d'inaliénabilité (4). L'hypothèque, en effet, conduit à l'aliénation.

Les actes à titre gratuit seront le plus souvent défen-

(1) Angers, 18 déc. 1878. D.79.2.172; Orléans, 30d éc. 1893 et Cass. 22 juillet 1896. D. 98.1.17 (note Planiol). S. 1900. 1. 28 et note.

(2) Seine, 22 mars 1881. *Rev. Not.* 81., n° 6.276 ; Rouen, 9 juil. 1895 sous Cass. D 98.1.47.

(3) Rouen, 29 janv. 1829. D.33.1.195; Seine, 13 août 1881 et Paris, 14 juin 1883. D.83.2.172 ; Nîmes, 24 décembre 1895. D.96.2.499 Civ. req. 22 juillet 1896. D.98.1.17 : Paris, 9 mars 1900. D 1901.2.505 et 21 mai 1901. *Gaz. Trib.* 1901, 2e sér. 2. 366. Trib. civ. Seine, 12 mars 1902. 2e sem. de la *Gaz. trib.* 1902 2.251 ; 9 mars 1903. S. 1904.2. 204 et 12 janv. 1906. D. 1906.2.361 ; Limoges, 22 fév. 1906. S. 1906. 2.282.

(4) Hypothèque interdite : Cass. 20 av. 1858. D.58.1.154 ; Grenoble, 25 janv. 1860. D.61.5.104 ; Poitiers, 16 juillet 1866 (sur pourvoi. Req.

dus (1). Ils semblent, en général, compromettre l'affectation cherchée (2). Ils pourront cependant parfois être valables : lorsque la destination qui oblige à rendre les biens indisponibles n'en souffre point (3). Ainsi le testament (4) portant sur les objets inaliénables sera permis si la clause avait été écrite pour conserver les biens donnés à un gratifié prodigue. Une donation entre vifs serait, en pareille hypothèse, impossible.

Notons avec soin que, d'après les arrêts, *l'interdiction d'aliéner entraîne l'insaisissabilité des biens qu'elle frappe* (5). *Cette insaisissabilité est opposable à tous les*

6 mars 1868. D. 68. 1. 309.; Req. 21 juillet 1868. D. *Jurisp. génér.* Voir *Disposit. entre vifs*, n° 57, 4°; Paris, 9 mars 1903. S. 1904. 2. 204; Rouen 5 avril 1905. D. 1905. 2. 41; cf. Req. 23 mars 1898. D. 98. 2. 414. — *Contra*. Req. 18 avril 1901, confirmant Nouméa, 28 oct. 1899. D. 1902. 1. 71.

Interdiction du nantissement :

Paris, 14 juin 1883. S. 84. 62. 171 ; Trib. Seine, 6 juin 1901. *Journ. Pal.* 1901. 2e sem. table. V° *Legs*, n° 15; Paris, 13 fév. 1902 et sur pourvoi. Req. 23 mars 1903. D. 1903, 1. 337 et note Planiol ; S. 1904. 1. 225 note Tissier ; Nancy, 28 fév. 1905. *Gaz. Trib.* 1906, 2e sem. Table, v° *Testament*, n° 18 ; Paris, 5 avril 1905. D. 1905. 2. 225, etc.

(1) Aliénabilité entre vifs admise Angers 13 août 1853. D. 53. 2. 204 — repoussée Angers, 18 déc. 1878. D. 79. 2. 172 et Nancy, 24 déc. 1869. D. 72. 2. 57. (D'après les circonstances de la cause). — Voir aussi Amiens, 28 janvier 1908. *Le Droit*, 27 fév. 1908.

(2) Req. 11 juillet 1877. D. 78. 1. 62 ; Douai, 28 janv. 1885. *Jurisp.* Douai, t. XXXXIII, p. 99.

(3) Req. 2 janv. 1838. D. 38. 1. 110 ; Req. 11 août 1864. D. 64. 1. 468.

(4) Indisponibilité même par le testament : Bourges, 14 déc. 1852. D. 54 2 257 ; Paris. 15 avril 1858. D. 59. 2. 10.

(5) Toulouse, 14 octobre 1823, sous Cass. D. 25. 1. 98 ; Requêtes,

créanciers quelle que soit la date de leurs créances (1).

Les sanctions conventionnelles applicables en cas de transgression à la prohibition d'aliéner : — clause pénale (2), résolution conventionnelle de plein droit, — mettent en jeu la théorie générale des obligations contractuelles, principes connus qui ne nous arrêteront point. On sent qu'elles sont insuffisantes : l'une maintient l'acte que l'on voulait empêcher et l'autre ne l'efface qu'en effaçant la libéralité elle-même.

Lors même que la défense d'aliéner ne serait accompagnée d'aucune stipulation spéciale, sa violation fait naître à coup sûr l'action en résolution des articles 914 et 1184 (3). La résolution sera prononcée par les tribunaux. L'emploi de cette voie peut ne pas convenir au donateur. Pour faire tomber l'acte indûment souscrit, elle détruit antérieurement la libéralité.

Aussi la jurisprudence reconnait-elle à la clause d'indisponibilité une vertu plus appropriée à sa fontion. Pour elle, la transgression d'une semblable clause donne naissance à une action en nullité dirigée directement contre l'acte d'aliénation (4). Ainsi les arrêts peuvent regarder la

27 juillet 1863. D. 64. 1. 494 ; Toulouse, 6 juillet 1883. *Gaz. Pal.* 1883. 2. 250... ; Montpellier, 26 déc. 1907. *Mon. Midi*, 9 février 1908.

(1) La jurisprudence se prononce en ce sens, depuis 1826 et cela n'est plus contesté, Paris, 26 mai 1826, *Journ. du Palais* 1826, p. 515.

(2) Cf. par exemple, Trib. Bar-sur-Aube, 14 avril 1904. *Gaz. Trib.* 1904. 2e sem. 2134.

(3) Trib. Baugé, 2 fév. 67. S. 68. 2. 56.

(4) Château-Gontier, 21 août 1841 et Angers 29 juin 1842. D. 42. 2. 218; Poitiers, 16 juillet 1866 et Req. 9 mars 1868. S. 68. p. 204 ; Civ. 22 juil. 1896. D. 98. 1. 17 ; Paris, 9 mars 1900. D. 1901. 2. 505 et 21 mai 1901.

clause comme opposable aux tiers sans recourir à la fiction de révocation rétroactive de la propriété de celui qui a violé cette stipulation (1).

L'action en nullité de l'acte de transfert appartient au donateur. Celui-ci pourra faire annuler l'aliénation qu'il avait interdite, qu'il ait édicté cette défense dans son intérêt ou qu'il ait voulu favoriser un tiers (2). Ce droit appartiendra également aux héritiers du donateur (3). Le gratifié pourra exercer l'action en nullité (4), mais seule-

Gaz. Trib. 1901.2e sem.2.366 ; Req.25 juin 1902. D. 1904. 1. 356 ; Paris, 25 juin 1902.*Gaz. Trib.*1902, 2e sem.2251 et 12 janv. 1906. D. 1906. 2. 361, etc., etc., en particulier: Nullité d'une renonciation à hypothèque : Limoges, 23 février 1906. D. 1909, 1. 217 ; d'une constitution d'hypothèque Req. 21 juillet 1868. Dall. *J. G. suppl.* Vo *Disp. entre vifs*, 57, no 4 ; Paris, 9 mars 1903. S. 1904. 2. 204, d'une hypothèque judiciaire. Rouen, 5 av. 1905. D. 1905. 2. 241 ; d'un nantissement, Paris, 13 fév. 1902 et Req. 22 mars 1903. D. 1903. 1. 337. Nancy, 28 fév. 1905. D. 1905. 2.225; d'une saisie, Rouen 1er fév.1902.S.1904.2.203, etc...

(1) Civ.22 juillet 1896, précité (motifs).

(2) Angers, 29 juin 1842, D. 42. 2. 218 ; Orléans, 10 février 1892, D 93. 2. 82.

(3) Grenoble, 25 janvier 1860, S. 60. 2.477 ; Rennes, 16 février 1876 et Req., 11 juillet 1877. D. 78. 1. 62 ; à l'exécuteur testamentaire, Req., 25 juin 1902, S. 1902. 1. 484.

(4) Le donataire qui a contrevenu à la classe d'inaliénabilité peut-il s'en prévaloir. — Négative : Douai, 29 décembre 1847, D. 48. 2. 462 ; Cf. Douai, 23 juin 1851, D. 52.2.245 ; Trib. Seine, 12 mars 1902, *Gaz. Trib.* 1902, 2e sem., 2. 304.

La jurisprudence se prononce depuis en sens contraire. Poitiers. 16 juillet 1866 et Req., 9 mars 1868 D.68.1.309 ; Besançon, 14 mai 1870, D.73 2.110 ; Paris, 14 juin 1883, S.84 2.171 : ...Req., 25 juin 1902, D.1904 1.356 ; Paris, 25 juin 1902, *Gaz. Trib.* 1902, 2e sem., 2. 251 ; Paris, 9 mars 1903, S. 1904. 2 204 ; Req., 23 mars 1903, D. 1903.1.337 (note Planiol), S.1904.1.225 (note Tissier) ; Rouen,

ment lorsque l'inaliénabilité a été ordonnée (1) dans son avantage propre. Ce droit appartiendra également au tiers dans l'intérêt duquel la clause a été stipulée (2).

La demande accueillie, l'acte d'aliénation, de constitution de droit réel accompli au mépris de la clause d'indisponibilité sera regardé comme non avenu. Le donataire reprend le bien inaliénable libre de toutes charges. Le tiers évincé pourra demander la restitution du prix par lui payé et même le cas échéant *des dommages intérêts* (3).

§ 2. — *L'explication.* — La jurisprudence relative aux clauses d'inaliénabilité ainsi esquissée d'une façon toute objective, une question se pose : cette jurisprudence est-elle explicable dans la théorie classique? Est-elle conciliable avec les principes reçus? Si elle est incompatible avec eux comment l'interpréter?

Il peut paraître singulier de poser la question de savoir si l'effet accordé par la jurisprudence à la prohibition d'aliéner est vraiment justifiable dans la doctrine de

5 avril 1905, D.1905.2.241 ; Limoges, 23 février 1906, S.1906.2.282. V. toutefois civ. Cass., 20 mars 1907, D. 1909 et note de M. Duparcq.

(1) Cf. d'une part, Paris, 26 mai 1826, *Journ. Pal.*, 26, p. 155 et Req., 27 novembre 1893, D. 94. 1. 566, et de l'autre, Poitiers, 16 juin 1866 et Req., 9 mars 1868, S. 68. 1. 204 ; Civ., 22 juillet 1896, D. 98. 1. 17. — Un arrêt de Cass du 23 mars 1903, réserve au seul gratifié l'exercice de l'action en nullité lorsque l'inaliénabilité est stipulée dans son intérêt (S. 1904. 1. 225, note Tissier). Cette décision paraît regrettable. M. Planiol remarque que d'après les considérants même de l'arrêt, il y a là une décision d'espèce. D. 1903. 1. 337 (note Planiol).

(2) Douai, 27 avril 1864, D.64.2.89 et sur pourvoi Req., 12 juillet.1865, D.65.1.475 ; cf. Paris, 9 mars 1900, D.1901.2.505.

(3) Douai, 27 avril 1864, D. 64. 2. 89 ; Besançon, 14 mai 1870, D. 73.2.110.

l'Ecole, alors que les représentants même de la méthode classique, Demolombe, Aubry et Rau (1), l'admettent sans discussion.

Remarquons toutefois qu'ils paraissent n'avoir fait qu'enregistrer les solutions définitives des tribunaux, réservant la discussion pour d'autres questions sur lesquelles la jurisprudence serait moins fixée.

Les auteurs qui, postérieurement ont essayé de découvrir quel peut être en fonction des idées régnantes le mécanisme de la clause portant défense d'aliéner, ont aperçu la difficulté du problème de l'opposabilité d'une telle prohibition au tiers acquéreur.

Laurent (2), le logicien rigoureux, interprète rigide de la méthode classique, refuse tout effet à de semblables prohibitions.

La doctrine récente, avoue « qu'il y a sur ce point une antinomie radicale irréductible, entre la loi et la jurisprudence » (3). Mais elle ajoute « qu'il serait puéril de s'insurger au nom de la sécurité du droit contre une juris-

(1) Demolombe, *Donation*, I, n° 292 et suiv. ; Aubry et Rau, VIII, § 692.

(2) Laurent, t. VI, n° 103 et t. XI, n° 460 et suiv. Cf. Huc, IV, n° 76 et suiv. ; Planiol, t. I.

(3) Chéron, La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, *Rev. trimest.* 1906, p. 340 et suiv.— M. Wagner (La classe d'inaliénabilité dans les donations et les legs, *Rev. trim.* 1907, p. 310), croit cependant que la jurisprudence est d'accord avec la loi. Sans doute, l'article 6 ne permet d'annuler semblable prohibition que si elle va contre l'ordre public. La prohibition relative et temporaire ne va pas contre cet ordre. Mais M. Wagner ne nous dit pas comment il se fait qu'on puisse faire subir au tiers acquéreur l'effet d'une convention antérieure à laquelle il n'a pas été partie.

prudence qui, depuis des années, s'affirme d'une façon constante ».

On ne saurait, en effet, justifier la prohibition d'aliéner par l'idée d'une incapacité (1) qui atteindrait le propriétaire grevé. La capacité des personnes est réglée *par la loi*. (art. 6 et 1123 Code civil). Il n'appartient pas à une volonté individuelle de la modifier. On ne peut par convention ou testament placer quelqu'un dans la situation d'un incapable, fusse à l'égard d'un ou plusieurs biens seulement.

Quant à la notion d'indisponibilité réelle, elle n'est que la forme objective du concept d'incapacité. Comme l'a fort bien dit M. Planiol (2), surtout à propros d'un problème que nous avons déjà examiné, au sujet de la nature du fonds dotal : l'indisponibilité d'un bien s'explique par l'interdiction faite à son propriétaire de l'aliéner. Quand un bien ne peut être aliéné c'est que son propriétaire ne peut pas en disposer,

Et si le propriétaire capable ne peut aliéner, c'est à coup sûr, dans la théorie classique, ou qu'un autre individu possède sur la chose un *droit réel* qui annihile le sien ou qu'il est lié par une *obligation* de ne pas aliéner.

Que la prohibition d'aliéner soit simplement créatrice d'une *obligation*, variété du genre obligation de ne pas faire, créance stipulée pour le tiers intéressé par le donateur ou léguée à ce tiers par le testateur, nous ne croyons pas pouvoir l'admettre.

(1) Cf. Huc, t. IV, n° 77 et suiv.

(2) Planiol, *Traité*, III (4e édit.), p. 258, n° 1544 ; cf. t. I (5e édit.), p. 759, note 1 (n° 2340).

Cette opinion proposée autrefois par M. Bartin (1) a été adoptée depuis par de bons auteurs (2).

Elle a été reprise d'une façon fort brillante par M. Hugueney dans une récente thèse (3). L'auteur cherchait à en combler les lacunes par la théorie de la complicité civile.

Elle soulève cependant encore quelques objections graves.

Nous n'insisterons pas avec M. Bretonneau sur l'impossibilité dans laquelle elle se trouverait d'admettre avec la jurisprudence la clause d'inaliénabilité édictée dans l'intérêt du grevé lui-même. « Si, dit en effet M. Bretonneau (4), la clause fait naître une obligation à la charge de celui à qui elle est imposée et au profit de celui à qui elle est imposée, cette obligation s'éteindrait par confusion aussitôt qu'elle serait prise puisque les deux qualités seraient réunies dans la personne du donataire, il ne peut être à la fois créancier et débiteur de lui-même. » Pareille interprétation de l'idée nous paraît en effet trop étroite. De ce qu'un propriétaire est engagé envers un tiers intéressé, il ne s'en suit nullement qu'il ne puisse être tenu du même engagement vis-à-vis du donateur. Lorsque l'intéressé et le donataire se confondent, l'obligation de ne pas aliéner qui lie le donataire envers le donateur subsiste seule. Comme l'explique fort justement

(1) Bartin. *Théorie des conditions, impossibles, illicites ou contraires aux mœurs* (1887), p. 164 et s.

(2) Cf. Tissier, note sous Cassat. 23 mars 1903; S. 1904. 1. 225.

(3) Hugueney. *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle.* Thèse, Dijon 1910.

(4) Bretonneau, thèse citée, p. 160.

M. Hugueney, la défense insérée dans l'intérêt du bénéficiaire peut procurer un avantage au stipulant : « celui-ci a d'abord à l'exécution de l'obligation un intérêt moral, ainsi le désir de voir le bien rester aux mains du gratifié.. Parfois même le disposant aura un intérêt pécuniaire à ce que le gratifié remplisse son obligation, ainsi lorsque le gratifié sera tenu vis-à-vis de lui d'une dette alimentaire dont l'exécution risquerait de se trouver compromise par l'aliénation du bien donné » (1).

On a également objecté à la thèse d'après laquelle la clause d'indisponibilité ne donne naissance qu'à une simple obligation, à un droit de créance, à un droit personnel, son infériorité au point de vue de la sanction à donner à la violation de la prohibition d'aliéner.

Voici comme l'on raisonnait : Le manquement à une obligation de ne pas faire ne peut entraîner disait-on que l'allocation de dommages-intérêts. Ni le donateur, ni le tiers n'ont dans notre espèce de droit réel qu'ils puissent opposer à l'acquéreur. L'acquéreur est étranger au contrat qui a créé l'obligation de ne pas aliéner. Il ne saurait donc le subir. A son égard l'aliénation est valable et on ne peut l'effacer. Quoiqu'en pense M. Saignat (2), l'article 1143 (3) n'est point applicable. Il ne vise que le cas d'une destruction matérielle. Force est donc de se contenter de l'article 1142, c'est-à-dire de condamner le débiteur qui n'a pas accompli son engagement à payer

(1) Hugueney, *op. cit.* p. 155.

(2) Saignat. *De la clause portant prohibition d'aliéner*, pp. 128, et 134.

(3) Art. 1143 C. C. : « Le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit. »

des dommages-intérêts. La transmission est alors maintenue et, par conséquent, l'idée d'obligation de ne pas aliéner ne saurait convenir en pareille hypothèse car les parties ont voulu un tout autre résultat. En créant une inaliénabilité, le donateur ou le testateur ont eu l'intention certaine d'empêcher effectivement toute aliénation. La jurisprudence l'a compris et annule tous les actes de transmission indue.

L'argumentation est solide. M. Bartin la pressentait vance puisqu'il ne prévoit que la condamnation à des dommages intérêts en cas d'aliénation. M. Hugueney apporte un fort utile complément au système de l'obligation de ne pas faire en lui donnant l'efficacité qui lui manquait. Pour ce, il fait appel à la théorie de la responsabilité civile du tiers complice. L'acquéreur qui de mauvaise foi s'est rendu coupable de la violation de l'obligation du grevé, doit à la personne lésée la réparation de sa faute, la réparation la plus adéquate et la plus complète se trouvera dans l'annulation de l'aliénation consentie au mépris de la clause d'inaliénabilité.

Certes l'idée est séduisante. Nous ne sommes toutefois pas tenté de trouver cette nouvelle théorie meilleure parce qu'avec elle la sanction n'agit pas « d'une façon aveugle ». Il nous semble que n'accorder la nullité que lorsque le tiers acquéreur a été de mauvaise foi, c'est enlever à la prohibition d'aliéner toute efficacité en pratique ; c'est ne point se conformer du tout à la volonté certaine du donateur (1). Il suffira que le jeune homme

(1) La jurisprudence, Paris, 25 mai 1901, *Gaz. Trib.*, 1-4 sept. 1901, affirme que la bonne foi de l'acquéreur ne peut faire obstacle à la sanction de la clause. Cf. cependant, Paris, arrêts des 25 juin 1902

auquel on a voulu conserver certains biens qui faciliteront son établissement, le donataire grevé d'une rente dont le service est assuré par l'inaliénabilité du capital qui en fournit les arrérages.., trouvent un acquéreur ignorant avec lequel ils concluront rapidement et dans un grand secret. Chacun du reste sait combien il est difficile d'obtenir des tribunaux la reconnaissance d'une mauvaise foi qui n'est pas d'une évidence apsolue. Faire aboutir une nullité Paulienne n'est point chose aisée au palais...

N'accorder l'action en nullité qu'au créancier, c'est-à-dire à la personne vis-à-vis de qui a été contractée l'obligation de ne pas aliéner, comme le propose M. Hugueney, par application de l'idée de responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation, serait également insuffisant. Nous n'insistons pas toutefois, car la théorie de la stipulation pour autrui pourrait peut-être permettre d'accorder le même droit au tiers intéressé.

Il est temps d'arriver à une question très importante et que la notion d'obligation de ne pas faire ne saurait solutionner d'une façon satisfaisante. *Les créanciers du grevé vont-ils pouvoir saisir les biens déclarés inaliénables?* S'il y a simple stipulation d'obligation, il faut se prononcer pour la négative. En effet, les obligations personnelles que souscrit un individu n'engagent pas ses créanciers. Ceux-ci restent libres de le saisir. Dira-t-on avec M. Bartin (1) que le donataire a pu promettre l'abstention de ceux-ci, promesse du fait d'autrui valable

et 9 mars 1903 (*Recu-il. Gaz. des Tribun. 1902* ; 2e sem. 2. 251 et S.1904. 2.204).

(1) Bartin, *loc.cit.*, p. 192 et s.

(article 1120). Il est facile de répondre que la ratification des créanciers n'est pas ici présumable. Quant à la notion de complicité civile, elle est d'aucun service : *les créanciers saisissants ne sont point des complices, car il n'y a point de violation volontaire de l'obligation de ne pas aliéner. Le saisi subit passivement la vente*, il ne saurait servir d'intermédiaire entre le donateur et l'acquéreur et permettre d'atteindre ce dernier. Donc point d'insaisissabilité.

Et cependant *l'insaisissabilité est de toute nécessité.* Si dans un intérêt quelconque l'on veut rendre impossibles les aliénations voloutaires, il faut que la prohibition de saisir s'ensuive. Il serait trop facile, par des dépenses exagérées, de pousser certains créanciers à saisir et de se soustraire ainsi à la défense d'aliéner... Et en l'absence de toutes manœuvres du grevé, la seule possibilité d'une vente forcée des biens stipulés inaliénables, ne va-t-elle pas directement contre la pensée des parties ?... La logique ici, l'étude objective de la situation exige *l'insaisissabilité*, corollaire de l'inaliénabilité créée par la volonté individuelle. Nous l'avons vu, *la jurisprudence le reconnaît* (1).

L'idée d'obligation de ne pas aliéner n'assure pas une vigueur suffisante à notre prohibition. Ce n'est pas autour d'elle que viendront se grouper les solutions qu'impose l'examen des questions que soulève la clause portant défense d'aliéner. Ce n'est pas à elle que se ramènent les réponses données par la jurisprudence à ces différentes questions.

(1) C'est un point acquis. Cf. Note Planiol sous Rouen 5 avril 1905. D. 1905. II. 241 ; Rouen, 1er fév 1902. Paris, 9 mars 1903. (S. 1904. 2. 203), etc...

Dans la théorie classique, avons-nous dit, il n'est possible d'atteindre une chose que par deux voies : avoir une créance contre son propriétaire, avoir un droit réel sur cette chose. Si donc la prohibition d'aliéner ne fait point seulement naître une obligation de ne pas faire, il faut de toute nécessité qu'elle crée un droit réel que se réserve le donateur, qu'il donne au tiers intéressé ou encore que le testament soit présumé léguer à celui qui en doit bénéficier.

Admettons-le un instant. La chose n'est point impossible. Les contrats en droit français, à la différence de ce qui se passait en droit romain, sont parfois créateurs de droits réels (Cf. art. 1138 C. c.).

Il y aurait lieu cependant en s'en tenant aux résultats de la pure méthode classique, de se rappeler que les drots réels sont tous nommés et que la liste en est strictement limitée et de se demander quel serait ce droit réel nouveau et singulier qui vient restreindre ici le pouvoir de disposer du propriétaire, droit au reste purement négatif (à la différence de l'usufruit et de l'hypothèque) puisqu'il ne contient que le pouvoir de faire annuler l'aliénation des biens sur lesquels il porte.

La doctrine se crut-elle autorisée à admettre l'existence d'un tel droit, il lui faudrait encore s'incliner devant une autre idée en contradiction elle aussi avec ses principes. La présence d'un droit réel unique ne saurait justifier toutes les solutions que, au jour le jour, sous la pression des nécessités pratiques et pour satisfaire équitablement tous les problèmes que présentait la vie juridique a adopté la jurisprudence. Ce seraient, en effet, *deux* droits réels de même nature, sur la même chose et au profit de deux personnes différentes qui seraient créés. Si

l'on repousse cette façon de voir, il est impossible d'accorder à la fois au donateur ou à ses héritiers et au tiers dans l'intérêt de qui la clause d'inaliénabilité est écrite le droit de faire annuler la vente. Il est nécessaire, en effet, que le droit à ce que la chose ne soit pas aliénée, droit réel, c'est-à-dire opposable à tous,complices ou non de la transgression et en particulier aux créanciers saisissants, appartienne et à celui qui a contracté et à celui pour l'avantage duquel la prohibition d'aliéner existe. A cette coexistence de deux droits réels de même nature, sur un même bien nous n'avons à faire aucune objection. Nous admettons dans la propriété commune (Gesammte Hand) un semblable concours de plusieurs droits réels qui ne s'excluent ni ne se limitent (1). C'est donc à cette théorie que nous sommes tentés de nous rallier. L'Ecole classique peut-elle souscrire à semblable conception?...

Le mécanisme juridique indiqué, nous pouvons passer à l'analyse du résultat obtenu. Il faut le reconnaître, la présence de ou des biens inaliénables crée une *véritable division* dans le patrimoine du donataire ou légataire. De fait, le patrimoine d'un individu comprenant l'ensemble des choses affectées à la satisfaction de ce même individu, le bien qui, dans ce patrimoine, est subsidiairement destiné à pourvoir à un intérêt différent (intérêt du donateur, — d'un tiers, — intérêt *spécial* du donataire, imposé par le gratifiant) occupe une place à part, en est un élément bien nettement séparé des autres Si plusieurs biens (2), plusieurs valeurs corporelles ou incor-

(1) V. notre L. III, ch. IV, p. 459, *infra*.

(2) Il y a toujours un *ensemble* de droits inaliénables. Les effets de

porelles ont été l'objet d'un même don accompagné de défense d'aliéner, cet ensemble de biens ne va-t-il pas former un groupe distinct dans la masse des valeurs appartenant au gratifié ? Et puisque le patrimoine nous apparaît comme un ensemble de biens liés par leur commune affectation à un but n'y a-t-il pas là formation d'un petit patrimoine ?

Ceci permet de compléter la notion de patrimoine jusqu'ici esquissée. A côté du patrimoine correspondant à un but indépendant, auprès du patrimoine dont la destination n'est qu'un moyen mais qui s'extériorise grâce à une administration séparée (navire), apparaît ici le patrimoine dont l'affectation est *imposée par un tiers*. Il existe,en pareil cas,une masse de biens unifiée encore que non complètement autonome, et ce,alors même que l'affectation qui lui est imposée ne serait pas, en dernière analyse, sensiblement différente de celle même du patrimoine individuel dans lequel cette masse forme un ensemble distinct. C'est la leçon qu'offre l'étude du groupe de biens stipulés inaliénables dans l'intérêt du gratifié lui-même.

Il est un cas — entre biens d'autres — dans lequel la division qui ainsi s'opère dans le patrimoine du grevé, est particulièrement visible. Le donateur, supposons-le, pour protéger le donataire contre les entraînements de la jeunesse, a décidé que pendant 10 ans à partir du jour

la clause d'inaliénabilité doivent en effet s'étendre aux accessoires de la chose. Cf. Nîmes, 25 décemb. 1895. D. 96. 2. 499 ; cf. Lyon, 28 avril 1869. S. 70. 2 52; Paris, 14 juin 1883. S. 84. 2. 171. ; Douai, 17 janvier 1885. S. 85. 2. 172. ; cf. également Caen, 12 juin 1854. D. 55 2. 193 ; Paris, 27 décemb. 1894. *Gaz. Pal.* table, alph. 1892. 1897. V° *Legs*, n° 4749.

de la donation, les biens donnés ne pourraient être aliénés. La clause d'inaliénabilité a pour corollaire une insaisissabilité indéfiniment opposable aux créanciers qui auront contracté avec le grevé pendant cette période décennale. De tels engagements n'auront aucun effet, à quelque époque que ce soit sur les biens, donnés. Quinze ans après la donation, le donataire est-il en déconfiture, les biens légués feront partie du gage commun des créanciers, à l'exception des créanciers envers lesquels ce donataire se sera engagé pendant la durée de l'inaliénabilité, ces derniers ne pourront venir que sur les autres biens. M. Chéron (1) qui cite cet exemple, d'après la jurisprudence ne craint pas d'écrire : « l'unité du patrimoine est donc rompue ».

Les créanciers dont les droits remontent au temps de l'inaliénabilité ne pourront prendre aucune inscription hypothécaire sur les biens donnés, après l'expiration des dix ans pendant lesquels le bien devait être inaliénable (2), comme auparavant. Et ce alors même qu'il s'agirait d'une hypothèque judiciaire. Leurs dettes ne sont pas entrées dans le petit patrimoine à conserver que forment les biens donnés, elles n'en grèvent pas l'actif.

Il va sans dire que l'arrêt de la Cour de Rouen qui constate pareille division dans le patrimoine du donataire grevé a été l'objet de vives critiques. Il faisait échec d'une façon très nette à des idées presque unani-

(1) A. Chéron, art. cité, p. 357.

(2) Cf. Trib. Rouen, 16 mars 1904 et Cour Rouen, 5 avril 1905, D. 1905. 2. 241 et note Planiol ; S. 1906. 2. 225 (note Tissier). *Contra* : La prohibition d'aliéner n'entraîne pas prohibition d'hypothéquer. Req. 18 avril 1901, D. 1902. 1. 71.

mement admises. M. Pilon, dans la *Revue Trimestrielle* de 1905 (1), a formulé les protestations de la doctrine.

Chose à remarquer le petit patrimoine créé par le donateur, encore que sa fonction soit purement conservatoire, ne sera pas complètement privé de passif. Dans les obligations qui le grèvent nous rangerions volontiers les dettes faites pour l'entretien des immeubles : les frais d'un procès exposés pour en empêcher la perte totale ou partielle. De plus, cette notion permet d'assouplir et de nuancer indéfiniment la théorie de l'inaliénabilité. La protection de l'intérêt qu'a eu en vue le donateur, du but qu'il s'est proposé, n'exige pas toujours une inaliènabilité complète. Parfois l'affectation que l'on a voulu assurer n'exigera pas une insaisissabilité absolue. Telle catégorie de dettes fera partie du patrimoine constitué.

Dans d'autres hypothèses par contre la seule insaisissabilité suffira. Les biens donnés ne seront pas envisagés en eux-mêmes. C'est alors la conservation de leur seule valeur, indépendamment des objets matériels qui l'incarne, que nécessite seulement la destination du petit patrimoine spécial. Nous retrouverons cette hypothèse dans la section suivante.

Sur le but à remplir, sur le rôle que doit jouer la masse des biens donnés, se moulera le régime unifié et particulier de ce petit ensemble juridique. Comme le reconnaît M. Chéron (2). « cette idée du but voulu par le disposant est plus large que celle de l'indisponibilité... » C'est elle qui, selon nous, réunit en faisceau les biens donnés.

(1) *Chronique de jurisprudence*, p. 688 et suiv.
(2) *Loc. cit.*, p. 350.

Toutes les questions relatives à ces patrimoines d'affectation spéciale se résoudront par la double solution des deux problèmes suivants : 1° Quel a été en fait le but voulu par le donateur ou le testateur ? 2° Telle aliénation, *telle dette*, plus généralement, tel acte juridique est-il en conformité avec ce but ?

Et c'est bien cette idée de destination qui sert de base aux décisions, d'aspect parfois contradictoire, rendues par la jurisprudence. Si les arrêts admettent qu'il n'est pas d'ordinaire d'affectations patrimoniales perpétuelles qui ne contredisent l'ordre public, ils ont pu cependant, lorsque la destination spéciale et légitime qui avait créé un petit patrimoine l'exigeait, en consacrer une (1). Par là encore s'explique la disparition de la clause lorsque le but qui exigeait la conservation de biens dans certaines mains est rempli ou n'est plus désormais réalisable.

Parfois l'accomplissement du but proposé sera parfaitement compatible avec certaines aliénations. Celles-ci seront dès lors possibles. Souvent quelques restrictions à la faculté d'aliéner (contrôle des tiers, indisponibilité à l'égard de certaines personnes (2) ou aliènabilité en faveur de personnes limitativement déterminées (3), impossibilité de disposer des biens donnés par vente, échange, hypothèque ou autrement), suffiront. Dans d'autres cas, on exi-

(1) Trib. Baugé, 20 février 1867, S. 68. 2. 56. Le but de la clause d'inaliénabilité perpétuelle était de conserver à un cimetière son caractère de lieu saint.

(2) Cf. entres, Bruxelles, 31 janvier 1816 et 20 octobre 1817. Dal. *Répert.*, V° *Disp. entre vifs*, n°s 3546 et 180-2°; Req., 14 mars 1832, D. 32. 1. 118; Req., 19 juin 1867, D. 68. 1. 20; Paris, 27 novembre 1877, D. 78. 2. 188.

(3) Dijon, 5 avril 1872, D. 74. 5. 130.

gera pour la validité de chaque opération le consentement du donateur qui empêchera tous actes préjudiciables à l'affectation qu'il a voulu assurer (1). Ou bien encore, on limitera les modes d'aliénation possibles (défense de disposer à titre gratuit des biens donnés, de les léguer à telle catégorie d'individus) (2). D'autres fois la destination des biens exigera seulement qu'ils ne puissent être atteints d'une hypothèque légale (3) ou d'une hypothèque judiciaire (4) ou simplement qu'ils ne soient pas saisis ou vendus à la requête des créanciers de leur nouveau propriétaire (5). Dans d'autres cas, enfin la clause interdira simplement d'hypothéquer sans le consentement du donateur (6). Le but proposé demandera en certaines occasions que la prohibition de vendre soit interprété restrictivement, l'hypothèque restant permise (7).

(1) Req., 2 janvier 1838, D. 38. 1. 110; Req., 10 février 1897, S. 1900. 1. 30.

(2) Bruxelles, 31 janvier 1816, D. *Rép.*, V° *Dispos. entre vifs et test.*, n° 3546. Req., 11 août 1864, D. 64. 1, 468. Dijon, 5 avril 1872, D. 74. 5. 130.

(3) Cf. Angers, 22 novembre 1850, D. 51. 2 19.

(4) Cf. Paris, 1856, D. 57. 2. 63.

(5) C'est la clause d'insaisissabilité principale admise par la jurisprudence : Caen, 26 août 1850 et 17 février 1851 ; Cass., D. 52. 1. 112; Req., 16 avril 1877, D. 78. 1. 165. *Contra* Poitiers, 12 mars 1885, D. 86. 2. 279.

(6) Douai, 2 juin 1892, D. 95. 1. 91 (note) ; Lyon, 21 février 1903, *Gaz. Trib.* 1904, 1er sem. table, V° *Donation*, nos 7 et 8 Civ. Req., 24 avril 1894, D. 95. 1 91.

(7) Req., 18 avril 1900, D. 1902. 1. 71 et note 2 ; Bordeaux, 16 décembre 1897, *Journal des arrêts*, 98. 1, 19.

Section III. — *Patrimoines à administrer.*

§ 1. — *Fondations* : 1° On passe ainsi par une infinité de nuances du petit patrimoine à conserver au petit patrimoine qu'il s'agit moins de mettre à l'abri afin qu'il se retrouve à un moment donné, que d'employer suivant sa destination, que d'administrer.

Dans cette nouvelle série prend place, ce que l'on est convenu d'appeler la *fondation* (1), j'entends la fondation créée par don ou legs à une personne physique ou morale existante, à charge de faire elle-même des distributions de sommes, d'entretenir un certain nombre de pauvres etc...

Pour des raisons de fait (crainte de se dépouiller de son vivant ; ignorance où le fondateur se trouve à l'égard des héritiers de la personne physique dont la vie est courte) (2), il n'est guère de fondation *sub modo*, qui

(1) Il semblerait que ce mot doive être réservé pour désigner des patrimoines complètement indépendants, patrimoines formés de droits appartenant subjectivement à des personnes morales purement abstraites, et dépouillées de tout *substratum corporatif*. (Etablissement, Stiftung). Nous n'employerons pas le mot « fondation » dans ce dernier sens au cours de cette section de chapitre

(2) La fondation par legs ou donation à une personnne physique chargée d'assurer elle-même l'œuvre, n'est pas irréalisable ; (cf. note Beudant sous arrêt Besançon, 26 mars 1891. D. 93. 2. 1. et références). Elle résulte de la combinaison de la disposition avec charges et de la clause portant prohibition plus ou moins complète d'aliéner. Les biens passés aux héritiers de la personne physique, la révocation pour inéxécution des charges et l'action en nullité en cas de désaffectation restent possibles. Il y a

n'empruntent la forme d'un *legs à une personne morale.*

En pareil cas il se produit certainement une division dans le patrimoine de la personne gratifiée.

Et, selon nous, la création d'un petit patrimoine de fondation ne se traduit pas seulement par la possibilité d'une subrogation réelle lorsque certains biens en faisant partie ont été aliénés et remplacés par d'autres (1). Nous l'avons dit déjà nous ne croyons pas que la notion de subrogation emprunte quelque chose à l'idée d'universalité (2). La division qui s'opère dans le patrimoine de la personne morale entraînera une *division correspondante des dettes.* Chaque fondation aura son actif et son passif propre, son budget distinct, ses règles d'administration particulières. Les créanciers d'une fondation qui a été créée par un testateur avec un patrimoine insuffisant ne pourront pas se faire payer sur les deniers destinés à une autre fondation instituée dans le patrimoine de la même personne morale.

Si en effet la libéralité conditionnelle à un établissement préexistant, sous une affectation déterminée et particulière, emprunte les formes du droit commun, elle n'en contient pas moins cependant la création d'un patri-

division dans le patrimoine individuel dans lequel entrent les biens donnés. Toutefois ce moyen est incommode. Il est à craindre que l'œuvre s'anéantisse par une transaction entre les représentants du fondateur et les héritiers du donataire qui se partageront les fonds entre eux. Cf. De Lapradelle. *Des Fondations*, thèse. Paris, 1894, p. 118.

(1) Cf. Saleilles, note dans le Sirey. 94.2.185 sous Dijon, 30 juin 1893 ; Saleilles et Tissier. *Rev. bourguig. de l'Enseignement supérieur* 1893, p. 871 et suiv.

(2) Cf. Demogue, art. déjà cité (*Revue critique* de 1901).

moine consacré d'une façon permanente et pour une durée illimitée à une destination spéciale.

Cette constitution d'un petit patrimoine distinct, avec la séparation de créanciers qui en est la caractéristique, résulte de la clause d'inaliénabilité *en valeur* qui accompagnera la donation avec charge (1). Les clauses d'inaliénabilité sont toujours, d'après la jurisprudence accompagnées d'une insaisissabilité correspondante relative et de même étendue. Quand à la prohibition d'aliéner portant, non point sur les objets eux-mêmes mais sur leur valeur rendue ainsi indisponible, elle est à coup sûr moins contestable que la défense d'aliéner proprement dite puisqu'elle apporte un moins considérable obstacle à la circulation des biens. Souvent du reste les immeubles destinés à l'œuvre seront envisagés en eux-mêmes et subsidiairement seulement en tant que valeurs. L'aliénation de semblables biens est alors autorisée quand elle devient nécessaire (2). Le prix qui en proviendra aura l'affectation qu'avait l'immeuble lui-même, rentrera dans l'ensemble des biens que réunit cette commune destination, dans le patrimoine de la fondation.

2° Un second moyen de créer une fondation, c'est de se servir d'une personne physique ou morale comme intermédiaire chargé de fonder un établissement. Nous n'avons pas à exposer et à discuter ce système (3). Cela

(1) Cf. Beudant, note au D.93.2.6.

(2) Cf. Huc, t. IV, n° 88.

(3) M. de Lapradelle (thèse précitée) repousse la fondation par dons ou legs à une personne *physique* à *charge de fonder un établissement* privé muni d'existence légale. Il trouve au contraire la disposition sub modo des plus commodes lorsque l'intermédiaire est une *personne morale*; (cf. p. 119 et suiv. et p. 157 et suiv.) ; V. aussi Levy-

nous entraînerait fort loin de notre sujet. Admettons-le, avec la jurisprudence et une partie de la doctrine.

Tant que l'établissement dont le testateur a envisagé l'institution n'existe pas, n'a pas obtenu la reconnaissance d'utilité publique, et l'on sait que cette reconnaissance ne s'obtient qu'après une sorte de stage, d'exercice, pendant lequel l'œuvre fait ses preuves, les biens légués font partie du patrimoine du légataire grevé de la charge, mais ils y occupent une place à part. Dans son sein, ils forment un patrimoine particulier qui a son actif et son passif propre. Et c'est encore la clause d'inaliénabilité plus ou moins complète opposable à tous les créanciers qui n'ont pas concouru à la réalisation du *but* imposé, clause qu'implique l'existence même de la charge, qui, de même que dans l'hypothèse précédente, permet de comprendre la séparation de deux masses distinctes dans le patrimoine du légataire grevé. On a pu dire, sans prendre ce mot dans son sens juridique, que le légataire n'était que *dépositaire* des biens destinés à la fondation. Ces biens sont grevés entre les mains du légataire d'une inaliénabilité partielle. Les créanciers ordinaires de celui-ci ont beau posséder sur son patrimoine le gage général de l'article 2092, ils ne les peuvent saisir. Les créanciers n'ont en effet pas plus de droits que leurs débiteurs eux-mêmes. Leur gage ne porte pas sur les biens légués avec charge de fondation. Les héritiers du légataire en s'emparant de ce petit patrimoine à part ne pourront le dépouiller de son affectation spéciale. Et dans tout cela,

Ullmann et Grünebaum-Ballin. *Revue trimestrielle* de 1904, p. 253 et suiv.; — M. Planiol (III, éd de 1908, nº 3345 et s.) admet en tous cas la validité de ce procédé et cite en ce sens une jurisprudence abondante.

malgré ce que disent M. Grunebaum et Lévy-Ullmann, nous ne voyons rien d'extraordinaire. Si la clause d'inaliénabilité relative peut créer un patrimoine séparé dans l'intérêt d'un donateur, d'un donataire ou d'un tiers déterminé, pourquoi ne le pourrait elle pas dans l'intérêt d'une série de tiers indéterminés : pauvres, malades, écoliers etc.., ? Encore une fois, si l'indisponibilité ici est stipulée comme perpétuelle (ce qu'elle ne sera jamais en fait) elle ne porte que sur une valeur, et l'ordre public intéressé dit-on à la circulation des biens, n'est point violé ! Par là même, on ne rentre point dans les prohibitions d'aliéner absolues qu'interdit la jurisprudence par application de l'article 6. MM. Grunebaum-Ballin et Lévy-Ullmann le reconnaissent en nommant précisément l'inaliénabilité qui atteint ces biens une « *inaliénabilité partielle, une indisponibilité partielle* ».

Nous voyons donc dans l'hypothèse de fondation et dans les deux cas examinés, l'un définitif l'autre transitoire, l'affectation d'une masse de biens à un but nouveau, fin indépendante et externe au grevé, produire une division véritable dans l'ensemble des biens appartenant à une même personne juridique

C'est un échec de plus à la théorie du patrimoine nécessairement indivisible exposée par MM. Aubry et Rau. Nous croyons que l'application stricte des idées classiques, la crainte de rompre l'unité du patrimoine ont pu et pourront encore, abritant sous une forme juridique rigoureuse des motifs politiques (2), apporter une

(1) Art. cité, p. 269 et suiv.).

(2) Cf. sur ce rôle particulier de certaines constructions juridiques : Saleilles. *De la personnalité juridique* (*1910*) *passim.*

entrave à l'essor de la jurisprudence favorable aux fondations.

§ 2. — *Un pécule conventionnel peut-il être créé ?* — C'est d'un tout autre côté de la vie juridique que cette fois nous conduirons nos investigation, notre recherche des hypothèses dans lesquelles la volonté de l'homme peut avoir intérêt à fractionner un même patrimoine en plusieurs groupes de biens distincts.

Les époux peuvent-ils conventionnellement créer un « pécule ». Telle est la question posée par M. Saleilles a la fin d'un magistral article écrit peu après la promulgation de la loi de 1907 (1). Lorsqu'il s'agit d'une femme mariée, ouvrière ou commerçante, le droit nouveau croit prudent de former dans l'intérêt du ménage et de la famille un petit patrimoine soustrait à l'administration du mari. Pourquoi une femme n'appartenant pas aux classes laborieuses, ne pourrait-elle mettre à l'abri des dilapidations de son époux certains biens qui seraient, eux aussi, destinés aux besoins domestiques? L'immutabilité des conventions matrimoniales exige que la formation de ce petit patrimoine ait été prévue par le contrat de mariage. Avant de se demander si semblable clause serait licite, il est bon de montrer qu'elle serait utile. La séparation de biens, pourrait-on dire, ne remplit-elle pas semblable office, ne retire-t-elle pas les biens de la femme à l'administration du mari qui les met en péril ? Sans doute, répondrons-nous, c'est un remède et sans attendre qu'il devienne nécessaire les époux peuvent combiner le régime de communauté et celui de séparation de biens partielle, relativement à

(1) Saleilles. *Bull Soc. Etudes lég.* 1907, p. 589 et s. (art. déjà cité).

quelques-uns des propres de la femme, par une stipulation de leur pacte matrimonial. Mais à ces biens dont la femme s'est réservée l'entière administration et la libre jouissance, il manquera précisément quelque chose d'essentiel : l'affectation aux dépenses du ménage et des petits enfants. Et parce que cette affectation à ce but spécial manque, l'on n'aura pas obtenu le résultat cherché : le patrimoine domestique que donne la loi de 1907 à la famille ouvrière. Au lieu d'être grevé de toutes les dettes contractées, *même par le mari*, dans l'intérêt du ménage, il ne sera qu'un élément du patrimoine de la femme et le gage de *tous ses créanciers* sans distinction aucune. Les biens séparés par application de l'article 1536, ne sont employés aux besoins familiaux que si la femme le veut bien, le mari ne peut ici exiger le maintien d'une affectation qui n'existe pas.

Ce moyen insuffisant éliminé, il sied de rechercher s'il n'est point possible d'arriver à la constitution d'un véritable patrimoine réservé.

M. Saleilles craint qu'à la stipulation par contrat de mariage d'un tel ensemble de biens affectés au ménage, mais administrés par la femme, on ne puisse objecter l'article 1388 : « les époux ne peuvent déroger aux droits... qui appartiennent au mari comme chef ». Est-il bien certain que cette expression « chef » veuille dire : « administrateur de tous les capitaux destinés à la satisfaction des besoins créés par la vie commune et la présence des enfants » ? Cela nous paraît fort douteux.

Quoiqu'il en soit, l'on peut parfaitement admettre, semble-t-il et M. Saleilles est de cet avis, la possibilité de convenir que les *revenus* de certains propres de la femme seront réservés à son administration et en même temps

affectés aux dettes domestiques et familiales. Les articles 1534 et 1549 donnent des exemples de pouvoir d'administration, à l'égard de certains revenus confiés à l'épouse. Du fait que les biens laissés à la femme seraient destinés au ménage, ne peut être tirée aucune objection. La loi de 1907 montre en effet que donner à la femme l'administration de revenus affectés cependant aux époux et aux enfants, ne porte point atteinte aux principes d'ordre public rappelés par l'article 1388. Le contrat de mariage pourra étendre aux revenus de certains capitaux déterminés ce que la loi dit des revenus industriels.

Ainsi pourra être créée une division dans le patrimoine de la femme bourgeoise, dans ce patrimoine dont le mari a l'entière jouissance. Et c'est ce résultat utile, désirable, auquel conduit le droit interprété d'une façon progressive que l'on pourrait, encore ici, écarter au nom de la notion du patrimoine indivisible regardée comme absolue et rationnellement nécessaire.

Ce petit patrimoine nouveau aura pour actif les revenus de tels ou tels apports de l'épouse. Il aura son passif propre. Il sera l'expression d'un groupe de valeurs qu'unit leur commune destination. Le but auquel il correspondra, but autonome, sera de pourvoir à l'entretien des époux et de leurs enfants alors même que le mari administre mal la communauté. Le maintien de cette affectation est obligatoire. Il ne dépend pas du bon vouloir de la femme. Il est assuré par le contrat de mariage sur les dispositions duquel les deux époux, même de leur mutuel consentement, ne peuvent revenir.

§ 3. — *Formation de patrimoines séparés par l'effet de pouvoirs limités donnés à un mandataire.* — De même qu'il est permis d'imiter la division du patri-

moine qui résulte de la création du patrimoine réservé de la femme ouvrière ou commerçante, est-il possible de réaliser par le seul jeu des principes juridiques une séparation semblable à celle qui se produit dans le patrimoine de l'armateur? Oui ! Il suffit pour cela de donner à un mandataire des pouvoirs spéciaux et limités.

Si l'on veut toutefois créer un patrimoine, dont la fonction exige une certaine durée une certaine stabilité, un « patrimoine à administrer », suivant la terminologie que nous avons adoptée, l'on n'aboutit ainsi qu'à un résultat insuffisant. Qu'en effet, les précautions prises soient assez claires pour que les tiers ne puissent, sans qu'il y ait faute de leur part, se méprendre sur l'étendue des pouvoirs conférés par le mandat, le gage des créanciers envers lesquels on n'a été obligé que par l'intermédiaire du mandataire va se trouver limité. Il n'y aura point toutefois séparation complète. Sur la masse de biens réduite qui est le gage de ce premier groupe de créanciers, tous les autres vont pouvoir venir en concours. Ces derniers pourront également, librement saisir les biens confiés au mandataire.

Il y a là une division du patrimoine, bien qu'elle ne soit pas absolue ; nous croyons qu'au contraire l'unité n'est pas rompue dans l'hypothèse que nous allons maintenant examiner.

§ 4. — *Le fonds de commerce est-il un patrimoine spécialisé?* — Un problème longtemps débattu en Allemagne et même en France est celui de la nature juridique du fonds de commerce. Le fonds de commerce, l'entreprise commerciale ainsi que les accessoires qui en assurent le fonctionnement, présente une certaine unité. Les valeurs qui le composent sont liées entre elles par

une destination commune. Aussi a-t-on cru parfois qu'il fallait voir dans tout fonds de commerce un patrimoine véritable. Certains auteurs, imbus d'ailleurs de ce principe classique qui rattache tout patrimoine à une personnalité et à une seule et qui, à toute personne, confère un patrimoine et un seul, cherchent à attribuer « le patrimoine commercial » à une personne morale. Ainsi M. Valéry (1), persuadé qu'il faut, tant pour justifier certaines solutions qui, selon lui, s'imposent, que pour expliquer la situation juridique du fonds de commerce, regarder ce fonds comme un patrimoine indépendant n'hésite pas à faire de la « Maison de commerce » une personne morale. Il lui semble de toute nécessité pour que l'on puisse admettre l'existence d'un patrimoine commercial spécial de montrer la présence d'une personne qui en soit le titulaire (2). Si l'on arrive à prouver que la « maison de commerce » a une personnalité distincte de la personnalité du commerçant, elle devra nécessairement avoir un patrimoine, et ce patrimoine ce sera le « fonds de commerce » (3).

(1) G. Valéry, « *Maison de commerce* » *et* « *fonds de commerce* », *Annales de Dr. commercial* 1902, p. 209 à 301 ; cf. *Contrats par correspondance*, Paris. 1895. n° 263 *bis* et 264.

(2) Valéry, *Annales* citées p. 217.

(3) Valéry, n° 12 ; n° 30 (p. 234). M. Valéry cherche un appui pour son système : 1° Dans un passage de Locré (*Esprit du Code civil,* VI, p. 175) ; 2° Dans les articles 8, 585 et 604, C. comm. ; 3° Dans les lois des 19 mars 1900 (art. 6), 30 avril 1886, 30 juin 1838 (art. 35), 27 décembre 1895 (al. 1er, 3e alin.), 16 avril 1897 (art. 19) et 24 juillet 1867 (art. 59). Tous ces textes, auxquels nous renvoyons, paraissent par leur rédaction établir une certaine distinction entre le commerçant et la maison de commerce. Mais ils sont extrêmement peu probants. Ainsi l'article 59 de la loi de 1867 semble plutôt défavorable à

Voici la théorie. Le négociant ne constitue pas seul la maison de commerce. Celle-ci est formée d'un groupe de personnes : le patron et ses auxiliaires. Cette maison subsiste alors que le « chef » change. Le commerçant n'en est que le gérant.

La maison de commerce personne morale a un nom, un domicile, une nationalité propres. Comme toute personne elle a son patrimoine. Ce patrimoine, il ne faut pas le confondre avec le patrimoine personnel du commerçant (1). Le *fonds de commerce* se distinguera donc très nettement des biens appartenant au commerçant. L'actif de ce patrimoine est formé du matériel, des marchandises, du droit au bail, des traités avec les ingénieurs et ouvriers, de l'achalandage. Les engagements du commerçant pour se procurer des marchandises ou de l'argent, les contrats avec les clients en seront le passif.

Si les deux masses de biens — patrimoine de la maison de commerce et patrimoine du commerçant — peuvent se confondre en fait, elles sont cependant juridiquement distinctes ; chacune d'elles relevant d'un propriétaire différent. Le commerçant, pour tout ce qui regarde sa vie privée, se trouve en quelque sorte en dehors de la maison à laquelle il appartient. « Un compte de prélèvements indique les sommes que le chef de la maison retire du fonds afin de les affecter à son usage personnel. »

La maison de commerce et le fonds ayant leur individualité propre grâce à laquelle ils se séparent et de la

la doctrine de M. Valéry. Il suppose que plusieurs *maisons de commerce* peuvent appartenir à une même personne ; c'est, contrairement aux idées de M. Valéry, confondre « maison de commerce » et « fonds de commerce », et faire de ces deux termes, deux synonymes.

(1) *Idem* Valéry, n° 31, p. 234 et suiv.

personnalité du commerçant et de son patrimoine, un même individu pourra se trouver à la tête de plusieurs maisons de commerce différentes. Chacune d'elle aura sa vie propre. Chacune d'elle, en cas de faillite, devra faire l'objet d'une liquidation spéciale. Il y aura autant de masses indépendantes et de répartitions qu'il y aura de maisons.

Pour l'application de sa théorie aux transmissions de l'établissement commercial, M. Valéry distingue trois groupes d'hypothèses : modifications dans la composition de la maison de commerce, succession à la maison de commerce, aliénation du fonds de commerce. Dans le premier cas aucun changement intéressant ne s'opère. Dans le second, la maison nouvelle prend par voie de *succession à la personne* la place de l'ancienne et recueille toutes ses *obligations*. S'il y a vente du fonds, il y a pas en réalité aliénation d'un patrimoine — inaliénable dans la théorie classique — mais seulement de l'ensemble des biens qui forment l'actif, les dettes ne sauraient passer en bloc à l'acquéreur celui-ci n'en sera nullement tenu. Telle est très rapidement dessinée la thèse de M. Valéry (1). Elle adopte la notion du patrimoine telle que

(1) La personnalité de l'établissement commercial avait déjà — à quelques nuances près — été l'objet de diverses démonstrations de la part de certains jurisconsultes allemands (Ag. Mommsen *Archiv fur Théorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrecht* 1875 (p. 201 et suivantes); Endeman, *das drutsche Handelsrecht sistematisch dargestellt*, Heidelberg 1887 § 15 suivant.; p. 58 et suiv.

Nous faisons abstraction de la théorie de Von Vœlderndorff. D'après cet auteur, le commerçant revêt une double personnalité civile et commerciale. Sa personnalité commerciale est transmissible (avec les obligations dont l'auteur fait un lien *personnel* et non point une valeur patrimoniale). Il y a là encore confusion entre le patrimoine et la personnalité.

l'ont magistralement exposée MM. Aubry et Rau et se conforme de tous points aux déductions qu'ils en tirent.

Cette théorie ne peut être admise. Il est certain au point de vue historique que le concept de personnalité civile n'a jamais visé situation semblable. Pour ce qui est du droit moderne, M. Valéry arrive difficilement à le faire rentrer dans la conception de la personnalité morale. Il reconnaît aux créanciers commerciaux un droit de préférence sur le fonds. Il ne leur interdit point de recourir pour le surplus contre le patrimoine propre du commerçant. Tout ne se passe donc pas comme si les deux masses de biens : fonds de commerce, fortune civile étaient l'émanation de deux personnes différentes. M. Valéry le reconnaît en somme nettement : après avoir montré que si plusieurs maisons de commerce ont le même chef, chacune d'elle pourra faire l'objet d'une liquidation séparée, il ajoute (1) : « la faillite atteindra forcément *toutes les maisons appartenant à un même individu car leurs capitaux sont sa propriété et se confondent dans son patrimoine* ». L'idée de personnalité morale aboutit ici à de graves contradictions. C'est qu'on

Toutefois au lieu de donner (comme MM. Aubry et Rau) les qualités de la personnalité humaine (indivisibilité, inaliénabilité) au patrimoine, on attribue à la personnalité des qualités qui ne peuvent appartenir qu'à des ensembles de biens (aliénabilité, divisibilité...)

Sur les théories allemandes, voir E. Gombeaux. *La notion juridique du fonds de commerce*, thèse, Caen, 1901, p 14 et suivant. — Consulter également Catalan. *De la condition juridique du fonds de commerce*, thèse, Montpellier, 1899, p. 19 et suivant. — E. Gaudemet. *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse, Dijon, 1898, *passim*

(1) *Op. cit.* note 2, du n° 50.

veut l'appliquer à un ensemble de droits qui ont, quoi qu'on en dise, un sujet individuel et actuellement existant : le commerçant.

La doctrine de la Maison de commerce, personne civile ne saurait convenir. Si dans le fond de commerce l'on retrouve tous les caractères d'un patrimoine unique, il faudra admettre la *divisibilité* du patrimoine du commerçant en plusieurs unités plus ou moins indépenr dantes. C'est ce que l'on a fait. Plusieurs constructions juridiques ont cherché à expliquer théoriquement l'existence de ce patrimoine séparé. Ces diverses théories ne nous intéressent point. Nous ne voulons que noter les hypothèses dans lesquelles — en dépit de la doctrine classique — une division dans un même patrimoine doit être admise. Après avoir observé les caractères que présente chacune des situations, définitivement interprétées au moyen de l'idée d'ensemble de biens distinct et formant un tout, nous nous efforcerons, si la chose paraît nécessaire, d'en donner une explication.

Becker (1), parmi les auteurs allemands, M. Magnin en France (2), voient dans le fonds de commerce une masse de biens unifiée, un patrimoine nettement séparé encore que dépendant et rattaché par ses origines au patrimoine personnel du commerçant.

(1) Becker, *Zweckvermogen insbesondere peculium, Handels vermögen und Actiengesellschaten*, Zeitschrift fur das gesammte Handelsrecht, IV, 1861, p. 49 et s.

(2) Magnin. *Essai sur le nantissement des fonds de commerce et les résultats de la loi du 1er mars* 1898. — *Annales de Droit commercial* de 1899, p. 49 et s. — idée déjà indiquée — (au point de vue législatif tout au moins), mais non développée par M. Saleilles. *Etude sur l'histoire de la société en commandite; Annales de Dr. commercial* de 1897 nº 61, p. 39 et 40.

Le patrimoine commercial comprendrait des biens, des créances et des dettes à lui propres. Actif et passif inséparables suivraient le fonds entre les mains du successeur. Les créanciers commerciaux auraient sur le patrimoine commercial un droit de préférence à l'encontre des créanciers civils. Voilà quels seraient les principales conséquences de la division opérée dans le patrimoine du commerçant.

Certes nous ne nions point l'influence que peut exercer l'unité de destination sur un ensemble de valeurs. Nous avons décrit plusieurs masses de biens dont la commune affectation fait un tout juridique, un patrimoine spécial. Distinguer le fonds commercial et l'avoir privé du commerçant peut paraître une idée séduisante.

Si l'on veut cependant, sans partir d'aucune idée *a priori*, examiner quel est le système qui concilie le mieux tous les intérêts en présence, il ne semble pas que cette solution doive être admise.

Nous n'allons pas jusqu'à dire : cette spécialisation du patrimoine commercial dans la fortune du commerçant serait inconcevable, elle contredirait des principes certains, aucune législation ne saurait l'admettre. Nous croyons seulement que cette interprétation ne serait pas la meilleure, la plus juridique.

Ne nous arrêtons point à discuter si la publicité de fait qui accompagne nécessairement l'exercice du commerce serait suffisante pour une séparation en deux patrimoines opposable aux tiers. Abordons le fonds de la question.

Ce que nous ne comprenons pas c'est pourquoi l'intérêt des créanciers commerciaux serait privilégié et pourquoi ils auraient un droit de préférence sur le fonds de

commerce. C'est cependant l'essentiel de la théorie (1). Pourquoi les créanciers commerciaux et les créanciers civils ne seraient-ils donc point sur un pied d'égalité ? Les créanciers commerciaux seraient-ils seuls à avoir procuré sa valeur au fonds de commerce ? Si l'on doit distinguer le patrimoine du défunt et celui de son héritier, c'est que les créanciers du *de cujus* ont contribué, par le crédit qu'ils lui ont fait, à former ou à augmenter la valeur de ce patrimoine (2). Qui pourrait affirmer que le fonds commercial sur lequel on voudrait empêcher les créanciers civils de se faire payer en concours avec les créan-

(1) La doctrine du fonds de commerce-patrimoine en Allemagne a été surtout construite pour expliquer un usage et de le rendre nécessaire. Il s'agit de la transmission des créances et des dettes commerciales avec la transmission du fonds ; celles ci rentreraient en effet dans le patrimoine commercial si on lui devait accorder une existence distincte. Cette cession obligatoire des dettes et des créances n'a pas obtenu, en Allemagne même, tout le succès qu'en attendait ses auteurs. Pour ce qui est du transfert des dettes *commerciales*, tout se ramène en somme à une interprétation de volonté. Libre aux parties de décider, si elles le veulent, que créances et dettes seront transmises. Nous avons vu (Liv. 1er, 1re partie) d'autre part que l'aliénation du fonds de commerce étant regardée comme l'aliénation d'une *quote part de patrimoine*, l'acquéreur se trouvait *jusqu'au payement du prix* tenu d'une portion des dettes correspondant à la fraction active qu'il détient et *sans qu'il y ait pour cela à distinguer entre dettes civiles et dettes commerciales*.

La possibilité de donner en nantissement « le fonds de commerce » en fait un objet collectif abstrait, une universalité. Elle n'apporte aucun appoint à la théorie du fonds de commerce-patrimoine d'affectation.

(2) Pour des raisons analogues nous avons admis la division du patrimoine du commerçant lorsqu'après une faillite il s'adonne dans certaines conditions à une nouvelle entreprise.

ciers commerciaux, n'a pas survécu à une crise grâce précisément au crédit qu'ont fait au commerçant ses créanciers civils? Il est également à remarquer que le commerçant, à la différence de l'armateur, administre avec une entière maitrise tous ses biens.

Or le point est à noter. Si le crédit accordé au commerçant par l'une ou l'autre catégorie de créanciers peut avoir sa répercussion aussi bien sur la fortune commerciale que sur la fortune civile, c'est justement parce que le groupement en valeurs commerciales et valeurs non commerciales n'est qu'une classification commode.

Fonds de commerce et avoir civil n'ont jamais correspondu en réalité à des buts véritablement distincts. Et cela vient confirmer l'hypothèse que nous proposions après l'analyse des divisions du patrimoine admises par MM. Aubry et Rau eux-mêmes : La notion de patrimoine exprime l'idée d'un ensemble de biens tous affectés à un même but *autonome* et soumis à des règles spéciales en vue d'assurer la réalisation de cette fin *particulière* ; nous avons ajouté depuis : une administration nettement séparée, confiée à un mandataire des pouvoirs étendus, ou encore la volonté d'un tiers peuvent parfois suppléer à l'indépendance absolue du but. Y a-t-il, dans notre espèce, entre les deux masses qui paraissent de prime abord consacrées à deux destinations différentes place pour une réelle diversité d'intérêts ? La divergence n'est que dans les moyens ; le but économique est le même. Il ne s'agit plus, en pareil cas, de la famille ou du ménage par opposition à l'un des époux, d'associés dont les intérêts peuvent être différents de ceux d'*un* sociétaire en particulier. Il n'est question que d'un individu, le commerçant et de son activité. Les capitaux qu'il

a placés dans le commerce, tendent comme ceux qu'il a réservés à sa vie privée, à la satisfaction de ses besoins personnels.

La mise à part dans le patrimoine du commerçant des biens commerciaux sous forme de patrimoine séparé ne paraît pas s'imposer. Ajoutons qu'elle n'a pas été consacrée par le droit positif français. Encore que la faillite soit, quant à son ouverture, subordonnée à la cessation de paiement des dettes commerciales, cette procédure ne fait, en ce qui regarde les droits des créanciers, aucune différence selon la nature des créances. A notre sens — nous l'avons déjà expliqué — la loi du 17 mars 1909 voit dans la vente du fonds de commerce l'aliénation d'une fraction du patrimoine du commerçant. La propriété de cette portion du patrimoine est acquise à l'acheteur par le seul effet du contrat et entraîne le transport d'une fraction correspondante des dettes, au moins jusqu'au moment où le prix sera venu remplacer dans le patrimoine du vendeur la valeur aliénée : les biens qui forment le patrimoine d'une personne étant considérés beaucoup plutôt en tant que valeur que dans leur individualité matérielle. La loi nouvelle prend des précautions pour que ce prix ne soit point versé puis dissipé au détriment des créanciers, elle ne comprend nullement la transmission du fonds de commerce comme la cession d'un patrimoine séparé composé d'un actif et d'un passif propre. Aussi son article 3 prescrit-il à *tous* les créanciers du cédant et non aux seuls créanciers commerciaux de se faire connaître à l'acheteur.

La notion de fonds de commerce patrimoine d'affectation n'est pas davantage admise par le Code allemand. La législation de 1897-1900 établit seulement quelques

présomptions de volonté permettant d'établir, au moyen d'un criterium purement formel, qu'elle a été, au sujet de la reprise des dettes, l'intention du continuateur de l'entreprise commerciale. Voici les articles qui ont été consacrés à ce point.

« ART. 25. — Toute personne qui continue sous le nom commercial (Firma) primitif, avec ou sans indication de successeur, l'exploitation d'un fonds de commerce qu'elle a acquis entre vifs, répond de toutes les obligations contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds par le précédent titulaire...

« Une convention contraire n'est efficace à l'égard d'un tiers, que si elle a été inscrite au registre du commerce, et rendue publique ou notifiée au tiers par l'acquéreur ou par l'aliénateur.

« L'acquéreur d'un fonds de commerce qui ne reprend pas le nom commercial ne répond des obligations contractées à l'occasion de l'exploitation antérieure que s'il existe pour lui une cause particulière d'obligation, particulièrement si la reprise de ces obligations a été rendue publique par l'acquéreur suivant les procédés déterminés par les usages commerciaux.

« ART. 26. — Dans le cas où l'acquéreur du fonds de commerce, soit par l'effet de la reprise du nom commercial, soit par l'effet de la publication mentionnée à l'article 25 alinéa 3, répond des obligations antérieurement contractées, les droits des créanciers contre le précédent titulaire se prescrivent par un délai de cinq ans, à moins que la prescription ne soit acquise plut tôt, par application des principes généraux.

« Ce délai commence à courir dans le cas de l'article 25, alinéa 1, à la fin du jour où le nouveau titulaire du

nom commercial a été inscrit au registre du commerce du tribunal de l'établissement principal et dans le cas de l'article 25, alinéa 3, à la fin du jour où la reprise a eu lieu. Si la créance n'était exigible qu'à une date postérieure, le délai de prescription ne commence qu'à cette date.

« Art. 27. — Si une entreprise commerciale dépendant d'une succession est continuée par l'héritier, on applique à la responsabilité de l'héritier pour les obligations contractées dans l'exploitation antérieure les dispositions de l'article 25.

« Il n'y a pas lieu à la responsabilité illimitée établie par l'article 25, alinéa 1er, quand la continuation de l'entreprise a commencé moins de trois mois après que l'héritier a eu connaissance de l'ouverture de la succession à son profit.

On applique à ce délai les dispositions de l'article 206 du Code civil, relatives à la prescription. Si, dans le cours des trois mois, le droit de renoncer à la succession n'est pas perdu, le délai ne prend pas fin avant l'expiration du délai de renonciation. »

La réponse négative donnée à la question de savoir si l'exercice du commerce opère une division dans le patrimoine de celui qui l'exerce préjuge la solution d'un autre problème que pose la faillite.

Si chaque fonds de commerce formait un patrimoine indépendant, la cessation de paiement de l'un des établissements entraînerait sa faillite. Ce patrimoine garderait son indépendance pendant sa liquidation. Chacun des fonds en faillite — si plusieurs se trouvaient en ce cas — formerait un patrimoine distinct et des autres fonds et du patrimoine civil du commerçant. A vrai dire

il n'y aurait pas là une division nouvelle du patrimoine. Cette divisibilité ne serait que la suite de la séparation du patrimoine personnel et du patrimoine commercial unique ou multiple, qui, en cas de faillite, doit évidemment se maintenir. Sans quoi les droits de préférence qu'elle accorde à chacun des créanciers de l'un des fonds sur l'actif seraient illusoires. Nous avons repoussé cette distinction, nous n'en saurions admettre le corrollaire.

Certains arrêts (1) décident, lorsqu'un individu possède plusieurs établissements indépendants entre eux et se rapportant à des industries différentes, qu'il peut y avoir lieu à plusieurs procédures de faillite.

La jurisprudence, il faut l'observer, n'établit pas cependant (2) une division véritable dans le patrimoine du failli. Qu'un seul des établissements soit au dessous de ses affaires et tous seront mis en faillite. Il n'y a pas plusieurs ensembles de biens différents liquidés séparément, plusieurs masses de créanciers distinctes se faisant payer chacune sur son gage particulier. Alors même qu'il y aurait eu plusieurs ouvertures de faillite, alors même que les deux procédures fonctionneraient parallèlement, tous les créanciers sans distinction peuvent produire et concourir dans chacune des faillites.

(1) Cass. Req. 23 août 1853. D. 55. 1. 59. S. 55. 1. 829. Req. 5 juin 1882. D. 83. 1. 459. *Journ. fail.* 82. p. 265; Cass. 28 décemb. 1891. *Journ. fail.* 1892. art. 1559; Req. 14 mars 1904. *Gaz. Pal.* 14 av. 1904. — Cf Douai, 11 mars 1899, *Journ. fail.* 1898, p. 254; Limoges, 2 nov. 1859. D. 60. 2. 39; Cass. 9 juin 1882. *Journ. fail.* 1882. p. 205; Cassat., 25 janvier 1902. *Journ. fail.* 1902, p. 97.

(2) Percerou (traité Thaller). *Des faillites et banqueroutes*, t. 1er, 1907, p. 262, nº 268.

Une personne possède-t-elle des établissements dans plusieurs Etats, ou a-t-elle contracté des dettes envers des créanciers ressortissants à différents pays, la solution sera la même, que l'on pense avec la doctrine qu'il n'y a lieu qu'à une faillite, ou qu'avec la jurisprudence on croit à la nécessité d'une ouverture de faillite spéciale dans chacun des Etats où le failli possède des valeurs, il n'y aura cependant aucune séparation juridique entre les diverses masses de biens, aucune division en plusieurs patrimoines. Chaque groupe territorial de valeurs ne sera point exclusivement affecté à l'ensemble des créanciers qui ont traité en face de lui. Tout créancier peut et doit s'inscrire dans chacune des faillites pour le montant nominal de ses droits et ce jusqu'à parfait payement.

Il n'y a donc ici aucune division du patrimoine.

Conclusion

Si l'on veut synthétiser brièvement les résultats de cette critique de l'idée d'indivisibilité du patrimoine, basée sur l'observation des faits on pourra s'arrêter aux propositions suivantes.

1° Pour que, dans le patrimoine d'une personne, un petit ensemble de biens puisse prendre une place à part et former une véritable division, il faut que cette petite masse corresponde à un intérêt *nouveau* qui ne puisse se ramener entièrement à la destination qui réunit les autres éléments du patrimoine.

2° Une certaine publicité *de fait* est nécessaire (mort, donation, etc...).

3° La masse de biens spécialisée peut être plus ou moins indépendante suivant son affectation même. En général s'il s'agit d'un ensemble de biens à conserver, son passif sera rare, et figurera en même temps dans le reste du patrimoine individuel. A l'inverse les dettes qui entrent dans le patrimoine personnel ne *grèveront point* le petit patrimoine d'affectation. En ce qui concerne les patrimoines à liquider ou à administrer la séparation des dettes propres à ces patrimoines et des autres dettes sera plus complète dans la majorité des cas et correspondra complètement à celle de l'actif.

4° Une administration indépendante confiée à un mandataire peut remplacer parfois l'autonomie du but.

5° En dehors des dispositions de la loi, la détermination de petits patrimoines correspondant à des buts nouveaux, ne peut être opposable aux créanciers et assurée d'une façon durable que par une volonté extérieure au titulaire du patrimoine divisé. Elle sera donc le résultat d'un contrat passé avec un tiers (1).

L'interêt de la division de l'ensemble des biens d'une personne en plusieurs patrimoines réside DANS LA SÉPARATION DE DETTES, de créanciers, qui accompagne chaque spécialisation d'une masse de biens déterminée.

Au point de vue délictuel le patrimoine de la personne responsable du dommage reprend en général son unité. Il n'en est cependant point ainsi lorsqu'une telle interprétation produirait des résultats manifestement contraires à la destination même des petits patrimoines d'affectation. En pareil cas les créanciers ne sauraient saisir les biens

(1) Nous assimilons pour simplifier l'acceptation d'un legs modal à un contrat.

qui en composent l'actif. Il en est certainement ainsi pour les inaliénabilités portant sur les biens donnés ou légués et pour les fondations.

Dans ce second livre nous avons vu certains ensembles de biens se séparer, se détacher complètement d'un patrimoine individuel, être grevés de dettes propres, avoir leurs créanciers particuliers et échapper à la main-mise d'autres créanciers de la personne à laquelle ils appartiennent. La réunion de plusieurs de ces ensembles correspondant à la création d'un but nouveau ne pourra-t-elle former un patrimoine unifié et indépendant de toute personnalité physique ou morale ? C'est ce qui sera recherché dans le troisième livre de cette étude.

LIVRE III

PATRIMOINE ET PERSONNALITÉ

CHAPITRE PREMIER

Patrimoines qui ne sont l'attribut ni d'une personne physique unique ni d'une personnalité morale. — § 1er. Patrimoines à liquider. Successions vacantes. Société anonyme après dissolution. — § 2. Patrimoines à conserver. — § 3. Patrimoines à administrer : I. La communauté conjugale ; II. Sociétés de commerce ; III. Sociétés civiles ; IV. Associations privées de personnalité. — Appendice : Les patrimoines des personnes morales dans la doctrine classique de la *fiction*.

Si l'on jette un regard sur la série des développements qui précèdent, on verra que la méthode classique aboutit à deux erreurs certaines. Elle soutient d'une part l'inaliénabilité du patrimoine d'autre part son indivisibilité: Ces deux affirmations sont inexactes. Le système, qui en proclamait la nécessité absolue, repose tout entier sur une proposition plus générale, sur un postulat abstrait : « L'idée de patrimoine se déduit de celle de personnalité ». C'est cette proposition même qu'il faut examiner au point de vue critique en la confrontant avec les faits.

D'après la doctrine classique, en présence d'une masse universelle composée de biens et de dettes, l'interprète doit forcément choisir entre deux constructions juridiques *a priori* limitativement déterminées (1). Ou bien

(1) Cf. Gény, *Méthode* citée p. 134, nº 70.

cette masse se rattachera à une personne (physique ou morale) et sera un tout cohérent, un patrimoine, ou bien cette masse ne sera point juridiquement distincte, elle sera qu'un agrégat de biens soumis au régime de la pure indivision. Or il est des cas dans lesquels de semblables ensembles, qui d'ailleurs ne forment point le patrimoine d'une personne physique, ne peuvent être attribués à une personne morale et d'autre part ne sauraient être regardés comme soumis au pur régime de l'indivision. Ils ont plus qu'une existence de fait, purement nominale. Ce ne sont pas de simples sommes de biens, fractionnées en quotes-parts idéales rentrant à titre d'éléments dans une série de patrimoines individuels indivisibles, au même rang que les autres biens compris en ceux-ci, affectés au même dettes sans qu'il soit question d'une séparation juridique quelconque. Semblable conception ne correspondrait point à la réalité des choses.

Dire que de tels ensembles constituent de véritables patrimoines n'est point du reste faire appel à une catégorie juridique nouvelle. C'est appliquer l'idée même de but qui est, en dernière analyse, l'élément de cohésion du patrimoine individuel, à toutes les hypothèses qui comportent cette application. Cela est permis lorsqu'on n'en a pas à l'avance limité la portée.

Les masses de biens que nous allons décrire doivent être envisagés comme des ensembles cohérents, unifiés et autonomes, dont tous les éléments sont entre eux dans un état d'interdépendance étroite.

§ 1. — *Patrimoines à liquider.*

Au premier rang, parmi les patrimoines dont l'existence n'emprunte de support ni à une personne morale ni à

une personne physique déterminée se détache la succession vacante.

Rappelons en quelques mots ce qu'elle est : un patrimoine à liquider, qui, à la différence de la succession bénéficiaire, ne fait point partie d'un autre patrimoine divisé. « Lorsqu'après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour délibérer, il ne se présente personne qui réclame une succession, qu'il n'y a pas d'héritiers connus ou que les héritiers connus y ont renoncé, cette succession est réputée vacante. » Ainsi s'exprime l'aricle 811 du Code civil.

Le patrimoine du défunt survit alors à son titulaire. Il garde son actif et son passif propres lesquels sont intimement liés. Un curateur est nommé pour liquider la succession et servir de contradicteur aux divers créanciers. Le curateur est un administrateur général du patrimoine. Il représente la succession vis-à-vis de tout le monde même vis-à-vis des créanciers qui n'ont pas sollicité sa nomination et ne sont pas intervenus dans l'instance (1). Il peut faire tous les actes d'administration dans les mêmes conditions que l'héritier bénéficiaire. Il est en somme chargé de réaliser le patrimoine dans l'intérêt des créanciers. Il vendra certains meubles ; intentera les actions qui figurent dans le patrimoine du *de cujus* etc... Les fonds provenant de la succession sont remis entre les mains du receveur de l'enregistrement. A ce dernier il appartient de recevoir les sommes dues à la succession, et de les verser à la caisse des dépôts et consignations. La caisse des dépôts fait les payements aux créanciers successoraux. Il y aura lieu à distribution ou non suivant qu'il aura été formé ou non des oppositions...

(1) Baudry et Wahl, *Successions,* t. II, p. 556, n° 1955, 3e éd, 1905.

Le patrimoine du défunt, on le perçoit, subsiste ici comme tel après la mort de son titulaire. Les biens et les dettes qu'il renferme sont maintenus dans leur interdépendance. Administrés autrefois par un même individu, dans un même but économique, ils forment un tout dans lequel le passif tire toute sa valeur de l'actif dont il est la contrepartie inséparable. Sans être rattaché à aucune personnalité le patrimoine du défunt conserve sa cohésion, tous ses éléments restent liés entre eux, comme ils l'étaient au jour du décès du *de cujus*. Le patrimoine se cristallise. Il subsiste dans l'intérêt des créanciers tout le temps nécessaire à sa liquidation.

De ce patrimoine on peut rapprocher le fonds social de la société dissoute. La société a cessé d'exister, par l'expiration du terme fixé, par exemple. Fut-elle anonyme, elle ne saurait dès lors être une personne morale. Quoique la société ait pris fin, le patrimoine social conserve une existence distincte pour les besoins de la liquidation. L'arrivée du terme laisse subsister l'ensemble complexe de valeurs grevées d'une affectation spéciale. A ce moment, du reste, beaucoup plus que pendant l'exploitation, la séparation entre la masse des biens sociaux et les patrimoines personnels des associés, offre un intérêt capital. Alors surtout, doit être assuré aux créanciers, leur droit de préférence. Les créanciers personnels des associés ne concourront donc pas plus que précédemment sur les valeurs formant le fonds social. Suivant l'expression de M. Thal-

(1) Voir idées analogues dans Meslény *op. cit.*; patrimoines qui correspondent à un *liquidationzweck* p. 55 et s.: patrimoine de société après la dissolution ou de la fondation devenue incapable, avec des développements pour tout ce qui regarde le C. civil allemand et le nouveau C. civil suisse mis en parallèle.

ler (1) : « Ils s'effacent devant les créanciers sociaux aussi longtemps que le passif social est en souffrance ». Le liquidateur est chargé de représenter le patrimoine social vis-à-vis des tiers. Ce fonds encourt la faillite. En un mot ici, malgré l'absence de personnalité, et à l'encontre des postulats de la doctrine classique, le patrimoine survit a la société comme il survit au défunt, dans l'intérêt de ses créanciers.

§ 2. — *Patrimoines à conserver* (2).

Parmi les patrimoines qu'il s'agit non plus de répartir, après en avoir soustrait la valeur passive de la valeur active, mais de conserver tels, peut-on également découvrir des patrimoines indépendants de toute personnalité?

Une observation s'impose d'abord. Toute propriété d'affectation ne constitue pas un patrimoine. La présence d'une clause d'indivision forcée perpétuelle, dans les cas où celle-ci peut être admise, ne transforme pas à elle seule le bien qui en est l'objet en un patrimoine distinct (3). Il n'y a pas alors en effet, création d'un passif propre.

Quand une propriété est mise en commun parce que cela est nécessaire ou seulement utile à l'exploitation d'un fonds, d'une industrie, il n'y a pas constitution d'un but *nouveau*, d'un centre autour duquel viendraient se ranger toutes les valeurs positives ou négatives concourant à un titre quelconque à la réalisation de ce but. Chacun des communistes ne conserve les objets mis en

(1) Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, nº 447.

(2) Nous ne prétendons voir dans cette division qu'une classification commode.

(3) Sur ces clauses, voir la remarquable thèse de M. Goubeaux. *Etude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit français* (thèse Nancy. 1910).

commun que par ce que c'est le meilleur moyen de tirer parti et d'eux et d'autres biens qui nécessitent cette indivision. Si dans une société formée *intuitu personæ*, il est un *intérêt social*, encore que celui-ci ne soit pas différent de la somme des intérêts individuels des associés, dans une communauté de cette sorte il n'est point d'intérêt social. Chaque indivisaire tire de la chose commune tout l'usage qu'il en tirerait s'il était seul (1). En un mot, il n'y a point *organisation* d'un tout nouveau indépendant, il y a véritablement indivision, simple ÉTAT inorganisé, avec cette différence qu'ici l'indivision est soustraite aux règles de l'article 815. Le partage ne peut être demandé et ce, même après l'expiration de cinq années.

L'absence d'intérêt social, de but nouveau explique qu'il n'y ait pas alors formation d'un patrimoine distinct. Nous avons vu, il est vrai, dans l'hypothèse d'inaliénabilité imposée dans l'intérêt du gratifié grevé, un patrimoine se détacher, sans qu'il corresponde cependant à une fin par elle-même, différente de celle qui groupait les autres biens de ce gratifié et ce, grâce à la présence d'un contrat, d'une volonté étrangère. Pourquoi n'en serait-il pas de même ici? La convention qui oblige les communistes à maintenir l'indivision ne pourrait remplacer l'indépendance du but? Chaque copropriétaire imposerait à tous les autres cette division de leurs patrimoines en deux fractions. Les portions ainsi spécialisées formeraient par leur réunion, un patrimoine commun.

Nous ne croyons pas cela admissible. Il importe en effet de remarquer que, dans le cas d'inaliénabilité stipulée dans l'intérêt du gratifié, si le but à la réalisation duquel

(1) Voir Goubeaux, p. 271 et sq.

est affecté le patrimoine indisponible, se confond presque complètement parfois avec l'intérêt propre du grevé, il n'en est pas moins toujours externe au donateur qui impose cette division dans le patrimoine du donataire. Rien de semblable ici. Lorsqu'un copropriétaire impose à son coïndivisaire le maintien de l'état de communauté, il agit dans son intérêt propre. Nous en revenons au critère précédent : pas d'intérêt commun créé. Dans l'inaliénabilité, au contraire, l'intérêt du donateur, fut-il un simple intérêt moral, se combine avec celui du grevé pour former un intérêt véritablement nouveau et différent de l'intérêt propre de l'un au moins des contractants.

Puisque le fonds indivis n'est pas un patrimoine, il n'y aura point de créanciers sociaux. Les frais d'entretien seront à la charge des communistes, sans que de telles dettes soient privilégiées. Les créanciers des coïndivisaires trouveront la part indivise de leur débiteur dans leur gage. Point d'insaisissabilité. Le fait qu'il s'agit ici d'une propriété d'affectation aura une seule conséquence. Le maintien de l'indivision s'imposera à l'acquéreur d'une part de copropriété.

De ces brèves remarques, il est permis de tirer la leçon suivante. Il n'y a pas de *véritable* patrimoine dont la fonction soit purement conservataire. Pour qu'il se forme en effet un ensemble complexe de biens et de dettes, il faut de toute nécessité un but indépendant. Un but *purement* négatif n'est, au contraire, jamais que l'*accessoire* d'un autre but dont il facilite l'accomplissement ou auquel il laisse la place. Une affectation complètement négative ne saurait d'autre part, en aucun cas, et par définition même, devenir créatrice de valeurs nouvelles, de dettes, de créances Celles-ci ne sont jamais nécessaires à

la réalisation d'un tel objectif. Par le fait même, on se trouve nécessairement et toujours en face d'un ou plusieurs biens actifs, qu'il faut envisager dans leur individualité matérielle, celle-ci étant précisément la condition et la cause de leur destination spéciale. On n'est jamais en présence d'un ensemble de *valeurs* positives et *négatives* formant un tout.

Remarquons-le, lorsque nous avons étudié la dot, les différentes inaliénabilités permises par la jurisprudence, nous avons rencontré des patrimoines qu'il importait sans doute de conserver. Mais leur conservation n'était qu'un moyen. Ils étaient en réalité affectés à des buts actifs, dont l'accomplissement exigeait parfois la création de dettes. Ainsi la dot est destinée à être gardée *pour subvenir dans toutes les dépenses intéressant la Famille au sens le plus élevé du mot.* Les frais d'établissement des enfants (art. 1555), la charge d'aliments fournis au ménage (art. 1558) etc..., seront autant de valeurs négatives qui grèveront — au moins à titre subsidiaire — les biens dotaux ! Et il en est de même des clauses d'inaliénabilité, toujours partielles. Les biens stipulés indisponibles dans l'intérêt d'un donataire dissipateur, seront grevés des dettes d'aliments de celui-ci. Il n'est pas jusqu'à l'immeuble déclaré inaliénable afin de faciliter le droit de retour légal d'un ascendant donateur qui ne soit grevé, au moins accessoirement des dettes nécessitées par son entretien *alors que sa destination spéciale exige qu'il ne puisse être saisi pour d'autres créances.* Si, au contraire, une cour, une scierie, une fosse d'aisances doivent être conservées c'est pour l'utilité des fonds voisins. C'est un rôle tout passif, purement matériel qui ne comporte aucune activité juridique ou économique.

La question des biens soumis à des clauses d'indivision forcée et perpétuelle ainsi résolue, le terrain déblayé, il est possible d'aborder le problème proposé. Existe-t-il des patrimoines à conserver qui ne se peuvent attribuer ni à une personnalité morale ni à une personne physique unique ? Sur ce point, nous serons très brefs.

Il ne semble pas que la loi ait spécialement prévu et réglementé de tels patrimoines comme elle a créé la dot ou le Homestead. Au contraire, la volonté des particuliers peut fort bien donner naissance à de semblables ensembles de valeurs. Dans tous les cas dans lesquels il est permis de spécialiser au sein d'un patrimoine individuel un petit patrimoine inaliénable, il sera certainement possible de créer par la fusion intime de plusieurs petits patrimoines ainsi détachés et affectés à un même but un patrimoine nouveau complètement indépendant de toute personnalité civile et de toute personne physique unique. Prenons un exemple, pour bien faire comprendre notre pensée. Un donateur peut créer dans le patrimoine de son donataire un petit patrimoine composé de biens donnés et affectés au service d'une rente viagère, il pourra tout aussi facilement donner les mêmes biens inaliénables à plusieurs donataires qui seront solidairement redevables du paiement de la rente. Les biens donnés formeront un ensemble de valeurs, composé d'un actif et d'un passif propre et qui ne sera pas grevé, même pour partie, des dettes des donataires lorsque ces dettes ne contribuent point à la réalisation du but spécial, fournir une rente viagère, qu'a assigné le donateur à ce petit patrimoine.

§ 3. — *Patrimoines à administrer.*

Nous voudrions être aussi court en ce qui concerne les

patrimoines dont l'activité économique est immédiate et journalière.

Pour ce qui est de ceux créés par acte volontaire, cette brièveté nous sera permise.

S'il est possible de créer un petit patrimoine de fondation (dans le sens où nous avons pris ce mot) au sein du patrimoine d'une personne physique ou morale il est également possible de créer, par la réunion de ces fractions de patrimoines détachées, un patrimoine de fondation affecté à un but bien déterminé.

S'il est licite de la part d'un individu au moyen d'un mandat spécial donné à un tiers, de limiter à certains biens le gage des créanciers d'une certaine nature, il sera tout aussi licite par un mandat collectif spécialement combiné de donner à une catégorie de créanciers, à des créanciers sociaux un droit particulier sur une masse de valeurs détachées des différents patrimoines des mandataires. Nous retrouverons ce point en parlant des sociétés civiles. Encore qu'en ce second cas l'on n'arrive point peut-être à la formation d'une masse de valeurs complètement autonome, il faut reconnaître qu'à l'encontre de la doctrine classique il existe alors un patrimoine et on ne peut cependant faire de celui-ci, comme le voudrait la théorie de MM. Aubry et Rau, l'attribut nécessaire et unique d'une personne morale ou d'un individu physique.

La discussion de situations juridiques prévues par la loi et dans lesquelles nous voyons de véritables patrimoines, abstraction faite de toute personnalité, nous retiendra beaucoup plus longtemps. Nous aurons à examiner tour à tour les biens communs, en matière de régimes matrimoniaux, le fonds social des sociétés commerciales par

intérêt, des sociétés civiles, des associations dénuées de personnalité et à nous demander chaque fois si nous ne nous trouvons pas en présence de patrimoines malgré l'absence de personnalité morale.

I. — *La communauté conjugale.* — Il ne servirait certes à rien de répéter ici la remarquable thèse de M. Masse sur la nature juridique de la communauté (1). Il importe cependant de synthétiser ce qui, dans les conclusions de l'auteur, vient corroborer notre critique de la notion classique du patrimoine. Il faut aussi accorder à ce sujet quelques développements, car les idées de M. Masse n'ont pas été partout acceptées (2). On ne peut encore s'y référer comme à des points acquis.

La communauté forme un patrimoine distinct. Son *actif* comprend certains biens déterminés : meubles que les époux possédaient au jour de leur mariage ou qui leur sont advenus depuis à titre gratuit, fruits des propres et de l'activité des époux (art. 1408).

Certaines catégories de dettes soit postérieures soit même antérieures au mariage, et avec des distinctions suivant qu'elles proviennent du mari ou de la femme (art. 1409 et suivants) et de plus les charges du ménage : tel est le *passif* de la communauté.

Composé d'un actif et d'un passif, la masse commune

(1) Masse. *Caractere juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, thèse Paris 1902. M. Chauvin, *Nature juridique de la communauté*, thèse Caen, 1906 ; Ricol, thèse Toulouse, 1907. *La copropriété en main commune* (Gesammte Hand) *et son application possible du droit français*, Dernier chapitre ; compte rendu Meynial : *Rev. trimestr.* 1903 ; p. 817 et s.

(2) V. par exemple Desserteaux, thèse citée, p. 479 n° 217.

destinée à répondre aux besoins du mariage (1) ne diffère guère au point de vue objectif du patrimoine personnel, lui aussi composé de droits et d'obligations. N'est-ce pas, du reste, langage courant de dire : « Sous le régime de communauté, l'on doit distinguer trois patrimoines : le patrimoine propre du mari, le patrimoine propre de la femme, *le patrimoine commun* » ?

Les adeptes de la notion classique du patrimoine considèreront qu'en pareil cas on se trouve en présence de deux patrimoines seulement, puisqu'il n'y a que deux personnes : le patrimoine du mari et celui de la femme. Selon cette doctrine, en effet, tout patrimoine est l'attribut d'une personne et d'une personne unique. Dès lors, il ne faut voir dans le prétendu patrimoine commun qu'une copropriété indivise des époux. En un mot, à suivre la théorie du patrimoine émanation de la personnalité, l'on aboutit à la conception suivante : deux patrimoines indivisibles : le patrimoine de l'époux, celui de l'épouse ; dans chacun d'eux se trouve comprise et se perd une part de copropriété, une part des biens de la communauté (2).

Cependant cette façon de voir, imposée par une notion

(1) Nous savons qu'à côté de ce but spécial : pourvoir aux besoins communs, but auquel répond la *communauté*, il est d'autres buts un peu différents : intérêt de la famille (de la Maison) auquel pourvoit la *dot* (établissement des enfants, crises...) ; conservation du foyer, à laquelle est destiné *le bien de famille* ; soustraction d'une réserve nécessaire pour subvenir à l'entretien de la femme et des enfants, malgré la mauvaise administration du mari, permise grâce à l'institution du *pécule de la loi de 1907*.

(2) Voient dans la communauté une indivision : Laurent, t. XXI ; Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, t. VI, p. 41 et suiv.

donnée *a priori* du patrimoine n'est pas satisfaisante en face des solutions du code.

Si les biens communs ne formaient pas une unité juridique séparée, si la part de chaque époux dans les biens communs ne se distinguait point des autres éléments de son patrimoine, chacun de ces deux copropriétaires, et lui seul, devrait pouvoir disposer librement de cette part. Or, on le sait, le mari seul et dans une très large mesure a le droit d'administrer la masse commune et de disposer des biens qui en font partie. Ce droit s'étend à tout l'ensemble, à la part de la femme comme à la sienne. A l'égard de l'épouse, au contraire, la communauté est absolument indisponible, même pour la quote-part qu'elle en possède, pendant le mariage tout au moins. Ainsi les biens communs forment un tout distinct au point de vue de leur administration Le code, du reste, précise nettement les pouvoirs du mari sur les biens communs et ses pouvoirs sur les propres de la femme.

Si les biens de communauté appartiennent pour partie à la femme comme l'affirment les partisans de la théorie de l'indivision, il est impossible cependant de ne pas établir une séparation très marquée entre cette quote part et le reste de son patrimoine. La théorie qui fond cette part dans le patrimoine indivisible de l'épouse ne rend pas compte d'un fait important: les créanciers de la femme dont les droits ne sont pas constatés par un acte authentique ou ayant acquis date certaine avant le mariage ne peuvent se faire payer sur la quote-part de la femme dans les biens communs. (art. 1410). L'art. 1409 1° impose la même solution en ce qui concerne les créanciers de la femme dont les créances ne sont pas, à raison de leur nature immobilière, à la charge de la communauté. Voilà

donc des créanciers de l'épouse qui sont privés de tout droit sur les objets entrés en communauté du chef de la femme. Vis-à-vis d'eux tout se passe comme si ces biens avaient été aliénés, comme s'ils étaient sortis du patrimoine de leur débiteur. A notre sens cette exclusion de certains créanciers montre précisément, que contrairement à la théorie classique du patrimoine, les biens communs constituent un ensemble nouveau et indépendant dans lequel entrent certains biens, à la charge duquel incombent certaines dettes, unité distincte qui ne se confond ni pour le tout, *ni pour partie* avec les patrimoines propres de chacun des époux.

La distinction bien tranchée entre la masse commune et les patrimoines propres des époux s'affirme dans la théorie des récompenses. On voit clairement, pendant la liquidation des biens communs jusqu'à quel point il est vrai de dire qu'ils constituent une unité juridique *créancière* et *débitrice* des patrimoines propres des époux. Aussi MM. Le Courtois et Surville ont-ils pu écrire : « Il existe entre la communauté et chaque époux une sorte de compte courant ayant son crédit et son débit, plaçant par conséquent en regard pour les récompenses jusqu'à due concurrence, les récompenses par la communauté à l'époux et par l'époux à la communauté. . Le législateur lui-même ne traite-t-il pas le fonds commun comme un troisième patrimoine absolument distinct quant à sa liquidation du patrimoine propre de chacun des conjoints. »

Les récompenses dont la communauté est créancière ou débitrice ne sont nullement assimilés aux créances

(1) Le Courtois et Surville (Baudry-Lacantinerie, *Traité...*) *Contrat de mariage*, 3e édit., 1906, I, no 805, p. 744 ; cf. Guillouard, p. 977.

ou aux dettes de l'un des époux envers l'autre (1). Si les biens communs faisaient simplement partie, chacun pour moitié, du patrimoine un et indivisible de l'un et l'autre époux, tout devrait se ramener à des créances directes entre le mari et la femme. Tel n'est point le système admis par l'article 1478. Celui-ci semble bien interdire toute compensation entre les récompenses dont les conjoints sont créanciers ou débiteurs envers la communauté et les récompenses qu'ils se doivent personnellement (2). Il ne s'opère point de compensation pour moitié entre la récompense due par un époux à l'autre et la récompense due par ce dernier à la communauté. C'est que la communauté et les patrimoines de chaque époux forment autant de masses indépendantes ayant chacune leurs créances et leurs dettes propres. La communauté — nous le répétons — est donc un patrimoine tout à fait différent des patrimoines des conjoints dont elle se trouvera tour à tour créancière et débitrice. Elle survit après la dissolution du mariage et jusqu'au partage définitif comme ensemble de biens distincts, pour les besoins de sa liquidation. Est-il besoin de rappeler que selon la jurisprudence, les époux se paient de leurs reprises en qualité de *créanciers* quand ils exercent leurs droits par voie de prélèvements, quand ils prennent sur la masse commune des biens en nature jusqu'à concurrence du montant de leurs récompenses (cf. art 1470, 2° et 3°, 1471, 1472) (3).

(1) Le Courtois et Surville, *op. cit.* et *loc. cit.*

(2) C'est l'interprétation de la jurisprudence. Cf. Cass., 16 novembre 1904, D. 1905. 1. 1.

(3) Jurisprudence établie depuis un arrêt de Cassat. du 16 janvier 1858, D. 58. 1. 5.

Et l'on peut affirmer que c'est depuis sa formation que la masse commune présente une individualité distincte, se sépare des biens compris dans les patrimoines personnels des époux, forme en un mot un patrimoine composé d'un actif propre et d'un passif propre dont cet actif répond. Les biens qui font partie de ce tout juridique sont soustraits aux créanciers dont les dettes ne sont point entrées dans ce patrimoine. Car les biens communs sont affectés à un but déterminé : aux charges du mariage. Tant que ce but subsiste, tant que dure l'association conjugale et même, nous l'avons vu, un certain temps après sa dissolution, les biens qui composent la communauté conserveront leur affectation particulière. Si l'on croit que les conjoints sont copropriétaires de la masse commune, il faut dire que leurs parts sont totalement confondues en fait et en droit. Elles ne se retrouvent point dans leurs patrimoines au même titre que les autres objets par eux possédés. Leurs parts unies forment une entité nouvelle, un troisième patrimoine.

Le fractionnement des biens communs en deux quotes parts idéales, libres entre les mains des époux, éléments de leur patrimoine ne se distinguant pas des autres, ce fractionnement conforme au régime de l'indivision « en deux droits égaux, est loin de répondre à la réalité des choses, à ce besoin d'unité juridique que l'on sent profondément dans la communauté entre époux. L'unité patrimoniale est en cette matière l'idée essentielle, l'idée mère. L'inexistence d'une part séparée appartenant à chaque époux pendant la durée du mariage est ce qui distingue ce régime des autres. Le mot même de communauté exprime une idée qui s'oppose à la conception de droits séparés » (1).

(1) Masse, *op. cit.*, p. 101.

Ainsi le concept de patrimoine se trouve à la fois au point de vue de son contenu objectif convenir parfaitement à l'explication de la situation des biens communs et devoir, selon la doctrine classique tout au moins, en être écarté comme attribut de la seule personnalité. Telle est la contradiction à laquelle conduit le postulat imposé *a priori* par MM. Aubry et Rau : « point de patrimoine, sans une personnalité dont il soit le reflet. »

Certains auteurs ont, il est vrai, essayé d'éviter pareille antinomie entre les faits et la théorie.

L'observation leur révélait dans les biens communs un patrimoine. Ils ont voulu, pour obéir aux idées reçues, attribuer ce patrimoine à une personne. Ils ont fait de la communauté une personne morale (1),

Souvent déjà l'on a démontré que le phénomène juridique connu sous le nom de personnalité morale ne se rencontre point dans la communauté. La notion de personnalité s'attache exclusivement à certains groupements constitués en vue d'un but, qui pourra être lucratif sans doute, mais qui néanmoins dépasse par quelque côté l'intérêt propre des associés présents. Elle peut être utile en présence d'un groupement indépendant des membres qui le composent à un moment donné, capable de survivre au changement et à la disparition de ceux-ci, créé en vue d'un but auquel est affecté un patrimoine spécial. Dans la communauté il s'agit au contraire d'une association formée au plus haut degré *intuitu personæ* et dont le but : assurer la vie et le bien-être des conjoints se confond avec leur intérêt

(1) Systèmes de Duranton, Proudhon, Troplong.

commun actuel. La notion de personnalité juridique suppose une situation toute différente.

Quelqu'opinion que l'on en aie au point de vue législatif, il est une règle généralement admise en droit français et dont il faut tenir compte : il n'y a point de personne morale sans disposition expresse de la loi. Quel texte pourrait-on sérieusement invoquer en faveur de la communauté personne morale ?

D'autre part si l'on suit ici la méthode classique, et c'est elle qu'il faut suivre quand on étudie une théorie proposée précisément pour faire échapper les résultats de cette même méthode au reproche d'inexactitude et de contradiction, il faut s'en tenir à des catégories juridiques bien déterminées et séparées entre elles par des cloisons étanches.

Le patrimoine émanation d'une personnalité doit être indépendant comme cette personnalité même, sous tous les rapports. La personnalité morale créerait donc un patrimoine complètement indépendant des patrimoines personnels des associés. Tant que dure la communauté il y a confusion, au contraire, confusion absolue entre le patrimoine du mari et le patrimoine de communauté : confusion de fait et confusion de droit. Tout créancier du mari peut poursuivre la communauté ; tout créancier du patrimoine commun a action sur les biens propres du mari. Pour les dettes immobilières du mari antérieures au mariage (dettes personnelles à l'époux) ce droit des créanciers sur la masse commune est inexplicable, si l'on adopte l'idée de personnalité morale de la communauté.

Cette interprétation justifierait enfin une solution

regrettable. L'article 1422 interdit au mari de faire sur le patrimoine commun certaines donations limitativement énumérées par la loi. Quel est le but de cette prohibition? protéger la femme. Dans la théorie de la communauté personne civile le mari ne saurait rendre une donation interdite valable en la faisant conjointement avec sa femme. L'intervention de la femme est inopérante, car la personne morale ne pourra agir que par l'organe de son représentant le mari. Celui-ci ne l'engage véritablement que dans la limite de ses pouvoirs. Tout acte dépassant cette limite est nul : le consentement de la femme ne saurait le rendre efficace. Vouloir faire rentrer la communauté dans cette catégorie rigide et formée à l'avance; la personnalité juridique conduira donc ici à une rigueur inutile parce qu'elle dépassera ce qu'impose la protection des divers intérêts en présence.

Droit de poursuite des créances sans distinction entre les biens communs et le patrimoine du mari, principalement lorsqu'il s'agit de dettes personnelles antérieures au mariage ; efficacité du concours de la femme pour valider la donation d'un immeuble de communauté : telles sont les deux décisions de notre droit inconciliables avec la notion de personnalité morale de la communauté.

Comme le remarque avec raison M. Masse (1), « de ces deux solutions la première ne se trouve contraire qu'à l'idée d'un patrimoine *appartenant à une personne distincte* et non pas à la conception d'un *patrimoine séparé*. Il en est de même de la seconde : c'est en vertu de l'existence d'une personne morale que l'intervention de la femme est rendue inefficace ; la séparation des patrimoines n'en est pas la cause. C'est donc exclusive-

(1) *Op. cit.*, p. 109.

ment l'idée d'une personne juridique qu'il faut écarter de la communauté en maintenant celle d'une masse patrimoniale distincte qui répond si bien à ce besoin d'unité que nous avons signalé tout à l'heure dans la communauté. »

Nous voilà revenus à cette antinomie que ne saurait résoudre la doctrine classique : existence d'un patrimoine séparé, point de personnalité unique dont il soit l'émanation.

C'est l'idée *a priori* : « Tout patrimoine relève d'une personne et d'une personne unique » qui doit disparaître devant l'observation des faits. Cet examen nous a fait découvrir dans la masse des biens communs tous les caractères attachés aux ensembles de droits et d'obligations que l'on nomme patrimoines.

Cette critique des résultats de la méthode classique n'a pas pour unique but de montrer ses erreurs de logique, et le danger des constructions hâtives et rigides. Faute de distinguer entre l'idée de patrimoine indépendant et celle de personnalité morale, la jurisprudence repousse une solution fort équitable.

Si la communauté forme un patrimoine composé d'un actif et d'un passif propre, ses créanciers auront à l'encontre des créanciers personnels des époux un « droit de préférence ». Tant que durera la liquidation le patrimoine commun restera exclusivement leur gage.

Il est juste que les créanciers qui ont contracté en vue d'un gage déterminé excluent sur les biens qui le constituent ceux qui n'ont pas traité en vue de ce gage. S'il en était autrement, le mari présenterait un crédit fictif, une garantie imaginaire aux créanciers qui contractent avec lui pendant la durée de la communauté ; alors

qu'existe celle-ci, les créanciers ont un gage qui leur est propre : les biens communs, pourquoi en serait-il différemment à la dissolution ?

La jurisprudence repousse ce droit de préférence précisément parce que un patrimoine ne peut, selon elle, exister avec des créances et des dettes particulières, que s'il se rattache à une personne. Il faudrait donc, pour qu'elle puisse admettre cette séparation de patrimoines la présence d'une personne nouvelle, d'une personne morale. Et avec toute raison les arrêts repoussent l'idée toute moderne de communauté personne morale. Leur seul tort est de croire que le concept de patrimoine et celui de personnalité sont liés et de se mettre ainsi dans la nécessité ou de rejeter une solution juridique qui s'impose ou d'adopter une interprétation qui ne corrrespond ni à la tradition ni à la réalité des choses.

N'était-il pas plus exact de s'en tenir aux données fournies par les faits eux-mêmes. La Communauté forme un patrimoine distinct. Le mari en est l'administrateur. On s'explique que la masse, sur une part indéterminée de laquelle le mari possède un droit, qui s'étendra peut-être à la totalité si la femme renonce à la communauté, on s'explique dis-je, que cette masse se confonde avec les biens qui appartiennent en propre à l'époux et qu'il administre en même temps et avec des pouvoirs presque identiques. En vertu de la théorie des récompenses les dettes du mari resteront néanmoins à la charge de ce dernier (art. 1437). Tant que la masse commune subsiste elle ne se divise point en quotes idéales actuelles et aliénables. La communauté est un tout, un ensemble de biens et de dettes nette-

(1) Cass., 18 avril 1860, D. 60. 1. 185.

ment séparés, un patrimoine. Ce patrimoine n'est l'attribut ni d'une personne physique ni d'une personne morale. Il a une destination.

Il n'y aurait eu ensuite qu'à rechercher à quel sujet, si toutefois la nécessité du point de vue subjectif dans le droit s'impose, à qui peuvent appartenir les droits qui composent le patrimoine de communauté et quelle organisation permet d'obtenir cette affectation à un but unique de biens primitivement détachés des patrimoines de deux personnes et que, leur destination une fois remplie, se partageront ces mêmes patrimoines suivant certaines règles.

Nous retrouverons cette dernière question dans les chapîtres suivants.

II. — *Sociétés de commerce par intérêt.* — Le problème de la personnalité ou de la non personnalité des sociétés a déjà été parfaitement étudié. Nous aurions garde d'en parler si la solution négative que lui donnent aujourd'hui des auteurs considérables ne venaient précisément apporter un solide appui à notre critique de la construction rigide du patrimoine telle que l'entend la théorie classique. Rappelons brièvement ce que chacun sait. Négligeons si l'on veut *Toullier* (1) qui avait autrefois soutenu la non-personnalité des sociétés de commerce. Dès 1890, M. Mongin (2) montrait comment les conséquences ordinairement rattachées à la personnalité morale dans les sociétés pouvaient s'expliquer à l'aide d'autres principes. Dans une note au Dalloz de 1893 (3) on relève sous la

(1) Toullier, t. XII, nº 82.

(2) Mongin, *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité.* (*Revue critique*, 1890, p. 697).

(3) D. 93. 2. 513.

plume de M. *Planiol* la phrase suivante : « les sociétés commerciales ne sont pas de véritables personnes morales ». Peu de temps après M. *Saleilles* (1) affirmait, en partant du point de vue historique, que la société en commandite peut se comprendre avec tous ses caractères, indépendemment de la notion de personnalité juridique. Tout récemment encore, M. *Thaller* (3) reconnaissait qu'il « faut chercher ailleurs que dans la thèse de la personnalité morale la raison d'être des conséquences qui assurent à l'ensemble des biens sociaux leur individualité. » Nous n'avons à discuter ici les conclusions générales du livre de M. *de Vareille-Sommières* sur la personne morale. Nous croyons, qu'en ce qui concerne les sociétés du moins, le savant auteur a prouvé que la notion de personnalité civile était inutile. M. de Vareille-Sommières a examiné tour à tour les effets attribués à la personnalité morale en matière de société, il parait bien avoir démontré que tous pouvaient et devaient se produire abstraction faite de la personnalité qui n'en est donc point la cause véritable.

Est-il besoin d'ajouter que M. *Michoud* (4) l'un des théoriciens de l'idée de personnalité juridique, l'un des principaux adeptes de la *réalité* des personnes morales, croit que « la société en nom collectif et la société en commandite simple sont de simples sociétés sans personnalité juridique » ? Il en est de même de M. *Saleilles*.

(1) Saleilles, Essai sur l'histoire des sociétés en commandite (*Annales de Droit commercial* de 1895, pp. 10 et 49, et 1897, p. 29).

(2) Thaller, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 4e édit. 1910, p. 173 (n° 286).

(3) De Vareilles Sommières, *Les personnes morales* (1902), p. 513 et suiv.

(4) Michoud, *La personnalité morale*, t. I, p. 179.

Dans un livre paru depuis peu (1). l'éminent professeur se rallie à l'idée de réalité juridique des personnes morales. A l'égard des sociétés il maintient cependant ses idées de 1895. Il croit vain de recourir à la notion de personnalité juridique pour en expliquer la situation et le mécanisme (2).

L'aperçu historique qui précède cette étude a relevé un point sur lequel il est inutile de revenir. L'ancien droit a toujours distingué la société de la corporation. La seconde seule était personnifiée (3). A l'exception des compagnies, les sociétés de commerce ne constituaient pas des personnes morales (4).

Quant au droit moderne, il suffira de synthétiser ici les arguments invoqué contre le lien établi entre le fonds social, patrimoine distinct des patrimoines propres des associés et l'existence d'une personne morale dont ce patrimoine nouveau serait l'émanation.

Les travaux préparatoires n'apportent d'appui ni à un sens ni à l'autre (5).

On a invoqué en faveur de la personnalité l'article 529 du Code civil. Cet article ne prouve qu'une chose : le fonds social forme un patrimoine séparé des patrimoines personnels des associés. Pour passer de là à la person-

(1) Saleilles, *De la personnalité juridique* (1910). Voir notamment pp. 391, 393, 408, 418 à 420, 436 et suiv., 456, etc., etc.

(2) Signalons encore les thèses de MM. Guisan, *La société en nom collectif*, thèse Lausanne, 1905, et Ricol, *La copropriété commune...* déjà citée, p. 261 et suiv.

(3) Cf. Saleilles, *Annales* citées, p. 46 et 47 ; Vauthier, *Personnes morales*, p. 272 ; Gierke, t. III, p. 419 et s.

(4) Comp. Meynial, note sous Cass. Req., 2 mars 1892, S. 92. 1. 497, 499.

(5) *Sic* Michoud, *op. cit.*, p. 513 ; cf. Vauthier, *op cit.*, p. 249.

nalité morale et faut appliquer l'axiome classique : pas de patrimoine sans personnalité. C'est justement la valeur de cette proposition que nous discutons. L'argument ne saurait donc porter en ce qui nous regarde. Il y a mieux encore. Si on le lit avec soin, on verra que l'article 529 ne peut même pas servir à démontrer l'existence d'un patrimoine social. Voici l'argumentation habituelle. Le droit de l'associé est toujours mobilier, alors même que le fonds social renfermerait des immeubles, c'est donc que les biens sociaux forment un patrimoine à part et que les droits de chaque associé sur ce patrimoine sont représentés par autant de créances, c'est-à-dire de droits *mobiliers*. L'argumentation ne tient pas. Le droit de créance n'est pas toujours un droit mobilier. La créance contre la société personne morale — pour employer ce langage — n'aura pas seulement pour objet une part des bénéfices mobiliers mais de plus une part dans le capital social à la dissolution de la société. Si donc cet actif comprend des immeubles, la créance devrait être immobilière. L'article 529 s'explique, croyons-nous, par les nécessités pratiques. On n'a pas voulu obliger à attendre le résultat du partage pour savoir si le droit de l'associé était mobilier ou immobilier. On facilitait les transactions la circulation des parts d'intérêts. Des frais et des lenteurs étaient évités. C'est un bénéfice de la loi qui fait des droits des associés des meubles (1).

Serait-ce dans l'article 69 n° 6 du Code de procédure que l'on pourrait trouver une preuve de l'octroi (2), de la

(1) *Sic* Mongin, *Rev. crit.* citée, p. 716 ; De Vareille-Sommières, *op. cit.*, p. 240 ; Ricol, *op. cit.*, p. 202 ; Thaller, *op. cit.*, p. 172, n° 284, etc.

(2) Nous suivons ici les idées et le langage de l'école classique pour

personnalité morale aux sociétés de commerce ? Cet article déclare que les sociétés de commerce sont assignées à leur siège social. Il est, lui aussi, fondé sur la seule utilité pratique (1). En veut-on une peuve ? La jurisprudence n'a pas hésité à reconnaître au gérant le droit de représenter valablement tous les associés alors qu'il s'agissait de groupements qui, selon tous les auteurs n'ont point la personnalité (2).

Quant à l'existence d'une raison sociale — expression abrégée pour désigner les associés — on ne voit pas en quoi elle impliquerait l'existence d'une personne nouvelle.

D'autres règles ont été invoquées : existence d'une faillite sociale, impossibilité de compensation entre une dette vis-à-vis de la société et une créance contre un associé, etc... Tout cela établit nettement l'existence d'un patrimoine séparé, d'un patrimoine social distinct des patrimoines des associés. Mais ce serait commettre une véritable pétition de principe d'en faire état ici lorsque nous contestons que tout patrimoine doive nécessairement se rattacher à une personne physique ou morale. Il y a bien, en effet, dans toute société commerciale un patrimoine social. C'est évident et il est inutile de le démontrer. Mais le lien que l'on veut établir entre ce patrimoine et une personne morale ne peut s'appuyer ni sur la tradition ni sur les textes.

la mieux combattre. Cela ne veut nullement dire que nous admettions que la personnalité civile soit une concession du législateur.

(1) *Sic* de Vareille-Sommières, p. 272 ; Ricol, p. 282 ; Thaller, p. 173, n° 285.

(2) Cass., 21 mai 1851, D. 51. 1. 124; 25 mai 1887. D. 87. 1. 289.

(3) Cf. Ricol, p. 284.

Si d'autre part nous pouvons affirmer que des dispositions expresses de la loi, que la structure même des sociétés commerciales par intérêt, écartent l'idée de personnalité morale, nous aurons démontré une fois de plus que c'est en partant d'un postulat tout *à priori* que la doctrine classique prétend rattacher chaque patrimoine à une personne unique dont il serait la projection dans le domaine juridique objectif ; nous aurons mis une fois de plus cette théorie en opposition avec les faits (1).

C'est dans la responsabilité personnelle et solidaire des associés que nous voyons ce principe incompatible avec l'idée de personnification.

Le patrimoine social appartient-il (ou tout se passe-t-il comme s'il appartenait) à un être distinct des sociétaires, les patrimoines personnels de ceux-ci en doivent être complétement indépendants. Ainsi le voudrait la notion même de la personnalité morale. Une séparation absolue, semblable à celle qui existe entre les patrimoines de deux personnes différentes fait la raison d'être de la personnalité. Or cette séparation absolue n'existe point dans l'hypothèse examinée. Le fonds social, forme bien un patrimoine séparé et distint et cependant entre ce patrimoine et les patrimoines personnels des associés il n'y a

(1) Sous le régime de la personnalité, l'apport à une société, devrait a-t on dit (M. de Vareille, *op. cit.* p. 522) — constituer une mutation entre vifs. Les droits de mutation devraient être payés. Il en serait de même à la disparition de la personne morale. Or nos lois fiscales n'exigent de droits ni au début ni à la dissolution de la société commerciale. Elles n'imposent de taxes qu'après le partage, lorsque les biens apportés par un associé sont mis dans le lot d'un autre. Nous négligeons cet argument : Droit civil et droit fiscal ne sont pas toujours d'accord.

point indépendance complète. Malgré la séparation des patrimoines les associés sont accessoirement tenus sur tous leurs biens des dettes sociales. La faillite de la société entraîne leur propre faillite (1).

Incompatibles également avec la notion de personnalité morale ces règles qui veulent que la mort, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture d'un associé en nom collectif ou d'un commandité (et même d'un commanditaire s'il s'agit d'une commandite simple), dissolvent la société. Le concept de personnalité juridique nouvelle exige en effet le complet effacement de la personnalité propre de chaque associé. En notre cas, les associés ne disparaissent pas derrière la société. On ne peut dire que le patrimoine social soit le patrimoine d'un être nouveau distinct des individus physiques qui composent le groupement.

Ces brèves remarques n'infirment en rien l'existence d'un tout juridique, d'un ensemble de droits et d'obligations liés entre eux et affectés au but social. Nous voici donc encore une fois et malgré l'autorité de MM. Aubry et Rau en face d'un patrimoine qui n'est ni l'émanation d'une personne physique unique, ni l'attribut d'une personne morale (2).

(1) La preuve de ce que le fonds social forme cependant un patrimoine distinct se trouve cependant ici, — indépendamment du droit exclusif des créanciers sociaux sur le fonds social, — dans l'existence d'une faillite sociale différente des faillites des associés et susceptible de recevoir une solution autre. Ainsi l' « Union » des créanciers sociaux n'empêche pas un associé en nom d'obtenir un concordat particulier.

(2) Les législations anglaises et allemandes n'admettent pas la personnalité civile des sociétés de commerce correspondant à nos sociétés par intérêt. Le Code civil allemand traite dans ses articles 21 à 90 des personnes morales (Associations, fondations et corporations ou

III. — *Sociétés civiles.* — Ne point séparer le concept de patrimoine social distinct,de la notion de personnalité morale devait, à une certaine époque, faire hésiter la jurisprudence à voir dans les biens affectés à une société civile un patrimoine spécial. Ce fut là un effet regrettable de la construction rigide du patrimoine. La jurisprudence convaincue, avec toute raison, qu'il n'y a point dans les sociétés civiles de personnalité morale ne pouvait voir dans les biens qui leur étaient destinés de véritables patrimoines C'est ce qu'imposait l'équivalence *a priori* établie entre le patrimoine et la personnalité. Un tel patrimoine ne se serait rattaché à aucune personnalité distincte. Quand,sous la pression des faits et des besoins pratiques, la jurisprudence dut reconnaître dans les biens sociaux un patrimoine différent des patrimoines des sociétaires, elle se crut obligée à considérer la société civile comme une personne juridique, idée évidemment fausse comme l'a tant de fois démontré la doctrine (1). Ainsi, la jurispru-

établissements de droit public). C'est dans les articles 705 à 740 — dans la matière des contrats — qu'il parle des *Gesellchaften.* Aussi un parti très important en Allemagne se refuse t il à voir des personnes morales dans les sociétés autres que les sociétés anonymes (Pic (Traité Thabler) *Des sociétés de commerce*, 1908, t. I, p. 135). Quant aux sociétés anglaises, elles ne sont personnes morales que si elles ont été *incorporated*, or les *partverschips* (sociétés qui disparaissent par la mort, la faillite d'un membre) ne le sont pas. Les fonds sociaux n'en forment pas moins un patrimoine, ils sont affectss de préférence aux créanciers sociaux.

(1) Cf. Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 4e éd. (1908), t. II, p. 125 et suiv. nº 10 et 140 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 546. S. 377, note 16 s. (4e édit.), etc., etc... Repoussent la personnalité des sociétés civiles les arrêts suivants : Cass. belge, 22 juillet 1855 (Pasicerisie 55. 2. 346) ; — Cass. franç. Req. 29 juin 1853. (D. 541. 288) ;

dence s'est trouvée dans l'alternative périlleuse ou de repousser une solution juridique certaine ou d'adopter, avec cette solution, une conception notoirement inexacte Si ce dilemme était ainsi posé, c'est la méthode classique qu'il en faut rendre responsable. Celle-ci, sans se préoccuper des faits, avait élevé une hypothèse abstraite sur la nature du patrimoine émanation de la personnalité à la hauteur d'un principe absolu et nécessaire. Encore faut-il se féliciter de ce que la jurisprudence ait consacré une erreur, la personnalité des sociétés civiles et soit, par là, arrivée à la notion exacte de fonds social patrimoine séparé dans lesdites sociétés.

Nous ne dirons encore ici que quelques mots de ce débat. Personne ne l'ignore, ni le droit romain, ni l'ancien droit n'ont admis la personnalité des sociétés civiles. Les travaux préparatoires du code n'y font aucune allu-

Nancy, 18 mars 1872. (S. 72 2 197) ; Douai, 11 juillet 1882. (S.83. 2. 49) ; Langres. 9 nov. 1887.S.88.2.119, — L'idée de personnalité avait été anciennement admise. Cf.Paris, 9 août 1831. S. 31. 2. 259 : Bordeaux, 2 av. 1832. S. 32. 2. 327 ; Cass. 8 nov. 1836. S. 36. 1. 811 ; Cass. 18 nov 1865. S. 66. 1. 415 ; Orléans, 26 août 1869. D. 69. 2. 185, puis n'avait plus été adoptée pendant un très long intervalle et jusqu'aux fameux arrêts de 1891-92. Cass. 23 fév. 1891. S.92. 1.37 ; 2 mars 1892 ; S.92.1.497 (notes Meynial). La thèse de la Cour de Cassat. n'est pas reçue sans conteste. Voyez contre : Trib. Seine : 21 décembre 1896. *Le Droit*, n° du 7 mars 1897 ; Trib Remiremont, 12 août 1904. (*La Loi* nos des 4 et 5 déc.1904) ; La Cour de Cassat. elle-même admet que la conversion d'une société civile en société en nom collectif lui fait acquérir la personnalité qu'elle n'avait pas antérieurement. — Cassat. 1898. Pand. franç. 1898.1.308. Ont suivi la nouvelle jurisprudence (société civile personnalité morale) : Chambéry, 20 fév.1905.(*Droit*, 20 avril 1905) ; Trib.civ.Lyon, 9 janv.1892. *Mon. jud.* Lyon, 19 fév. 1892.

sion. Si certains articles se servent du mot société c'est pour désigner les associés eux-mêmes dans leurs rapports entre eux. La personnalité morale est enfin absolument incompatible avec la considération de la personne de chaque associé : associés tenus personnellement (1862) sur tous leurs biens (1863), mort, faillite, déconfiture d'un associé dissolvant la société.

Et cependant, pour que la société ne soit pas le plus décevant des contrats » il faut bien qu'un patrimoine social existe, distinct, sinon complètement autonome, que l'ensemble des biens et des dettes sociales forme un tout dont les éléments soient interdépendants, que la loi garantisse l'intégralité de ce patrimoine contre l'aliénation d'un sociétaire infidèle à son engagement et qu'elle en soustrait, dans une certaine mesure, l'actif aux créanciers personnels des associés. C'est l'économie même de l'institution qui l'exige. C'est la volonté des parties lorsque publiquement elles forment une société. Notre droit s'impose pour règle de sanctionner tout ce que licitement la volonté humaine a créé dans son autonomie. Il doit assurer l'affectation au but social de certains biens car cette affectation a été voulue d'un commun accord par ceux qui ont fondé une société.

Si parce que le fonds social n'est pas le patrimoine d'une personne morale il devait nécessairement cesser de former un tout juridique. s'il devait forcément constituer une indivision, l'associé pourrait efficacement aliéner et hypothéquer sa part indivise dans les objets sociaux. Celle-ci serait grevée des hypothèques légales et judiciaires qui frapperont le patrimoine de l'associé. Elle ferait partie du gage des créanciers de l'associé. L'acquéreur de cette part, les créanciers hypothécaires et les

créanciers chirographaires pourraient demander le partage du fonds social. Le fonctionnement de la société civile serait impossible Elle n'aurait pas de lendemain assuré. Le Code civil consacre un titre au contrat de société (L. III, T. IX). A-t-il voulu réglementer un contrat mort-né ? Non ! L'article 1860 décide que « l'associé ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société » Il fait du fonds social un patrimoine dont l'affectation ne peut être changée même pour partie au gré du caprice d'un sociétaire.

Certains auteurs, il est vrai (1), ont cru que l'article 1860 règlait seulement une question de pouvoir. L'associé, disaient-ils, s'il n'est administrateur ne peut aliéner valablement le bien social *tout entier*. Persuadés que puisqu'il n'y a point ici de personnalité morale il ne saurait y avoir de patrimoine distinct, ils assurent que chaque bien social est indivis entre les associés et que notre article ne prononce nullement la nullité de l'acte par lequel un associé aliène sa part dans un bien social. « En interdisant l'aliénation, l'article 1860 ne veut pas dire que l'aliénation soit nulle et ne produise aucun effet au profit de l'acquéreur, assure M. Wahl... la validité de l'aliénation doit être résolue d'après les principes généraux de l'indivision. »

Ainsi pour satisfaire un principe hâtivement érigé en règle nécessaire : « il n'y a pas de patrimoine en dehors d'une personne physique ou morale dont il soit l'émanation », on propose une interprétation... inattendue du

(1) Meynial. S. 92. 1. 74 note sous Cass. 23 fév. 1891 ; Wahl (*traité* Baudry). *De la société, du prêt, du dépôt* (3e éd. 1907), nos 331 et 353.

texte de l'article 1860. On oublie ce principe cependant cher à la méthode classique : le texte prohibitif (ne peut..) entraîne la nullité de l'acte qu'il défend. On déclare cet acte valable pour partie et l'on arrive ainsi à une solution très éloignée des besoins pratiques.

MM. Lyon-Caen et Renault (1), quitte à voir dans ce texte une dérogation au droit commun de l'indivision édictée dans l'intérêt des associés, repoussent cette manière de voir et décident que l'associé non administrateur ne peut dans une société civile ni aliéner, ni hypothèquer m'engager dans une mesure quelconque les biens sociaux. D'autre part MM. Lyon-Caen et Renault, qui nient la personnalité de la société civile pensent cependant qu'aucune compensation ne peut s'opérer entre les créances et les dettes de la société et celles qui sont personnelles aux associés (2). Si l'on ajoute avec M. Wahl lui même, cette fois que les créanciers personnels d'un associé n'ont pas le droit, tant que le partage n'a pas été effectué, de saisir la part de leur débiteur dans les biens sociaux (3), et qu'ils ne peuvent pas davantage avant la dissolution demander le partage des biens sociaux, il faut reconnaître que, dans une certaine

(1) Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 4e éd. 1908 t. II, 1re partie, p. 126 s.

(2) Lyon-Caen et Renault, II, n° 116 ; même solution Pont, n° 670. — Cf. Thiry. *Revue critique*, VII, 1855, p. 302 ; Mongin, art. cité, p. 709 § 2.

(3) *Sic* Aubry et Rau, IV, p. 360 § 381 bis ; Pont, n° 592 ; Laurent, XXVI, n° 360 ; Lyon-Caen et Renault, II, n° 273 ; Houpin. *Sociétés*, t. I, n° 114 ; Wahl (*traité* Baudry), p. 227, n° 356 ; Guillouard n° 271 et 273 ; Thaller, n° 284. Cf. également. Thiry. *Rev. crit.*, VII, 1855, p. 301 ; Mongin, *op. cit.* p. 701 et 705 § 1.

mesure, durant l'existence de la société, le fonds social forme un patrimoine distinct affecté aux besoins sociaux. Jusqu'à quel point ce patrimoine a-t-il une existence véritablement indépendante ? Une saisie a été faite par *les créanciers sociaux*, les créanciers personnels d'un associé vont-ils concourir avec eux sur la somme qui représente la part de leur débiteur dans chacun des biens sociaux ? Les créanciers de la société ont-ils au contraire le droit de se faire payer sur les biens sociaux par préférence aux créanciers personnels des associés ? Ici encore l'on peut en faveur du maintien de l'affectation qui rangerait les biens sociaux, même saisis, dans un patrimoine à part, invoquer l'article 1860. Et ce sont MM. Aubry et Rau eux-mêmes qui le font. Celui-ci, disent ces auteurs interdit à l'associé « d'engager » les biens sociaux. C'est lui défendre de s'obliger sur ces biens. Les créanciers personnels n'ont aucun droit sur ces mêmes biens et ne viendront pas en concours sur eux avec les créanciers sociaux. Il en sera ainsi, même après la dissolution de la société (1).

Par là s'achève l'assimilation entre les biens sociaux et un patrimoine : ensemble complexe de droits et d'obligations interdépendants. Le fonds social renferme certains biens et certaines dettes. Cet actif et le passif qui en est la contre-partie forme un tout distinct.

Je sais bien que certains auteurs et entre autres M. Wahl (2) rejettent l'argumentation de MM. Aubry et Rau

(1) Cf. Aubry et Rau, IV, p. 566 § 383, note 7 ; Mongin, *op. cit.*, p. 700 § 1; Thiry. *Rev. crit.* V (1854), p. 412 et s. M. Saleilles. *De la personn. juridique* 1910, considère cette interprétation de l'art. 1860 comme « absolument fondée », p. 405.

(2) Wahl, *op. cit.*, p. 225, n. 353.

et cherchent à interpréter différemment l'article 1860. Mais pourquoi ? précisément, M. Wahl le dit, parce qu'il paraît *contradictoire*, l'idée de personnalité rejetée, d'admettre l'existence d'un patrimoine social !...

Concédons si l'on veut que l'article 1860 n'ait pas la portée que lui attribuent les savants interprètes. Il n'en est pas moins vrai que par le contrat de société, chaque associé a voulu soumettre son apport à toutes les éventualités sociales et par conséquent l'affecter aux créanciers sociaux et que tous les autres sociétaires ont le droit de se prévaloir de cette intention de leur cocontractant. L'on objectera alors le caractère purement personnel du droit créé au profit des coassociés, droit, par définition même, inopposable aux tiers. Sans doute, dira-t-on, l'engagement pris par l'associé de ne pas s'obliger sur sa part sociale est valable, mais il n'a d'effet qu'entre les parties. *Res inter alios acta, aliis non nocet*. L'engagement est au contraire sans effet à l'égard des tiers. Et ici les créanciers chirographaires des sociétaires doivent être regardés comme des tiers. En effet le pacte social n'a pas créé de droit réel. Il n'a donné naissance ni à un droit de propriété ni à un usufruit, ni à un nantissement, ni à une hypothèque et les simples obligations d'une personne ne sont point opposables à ses ayants cause à titre particulier. La réponse à faire est fort simple. Nous l'avons vu déjà à propos des clauses d'inaliénabilité, la distinction absolue et rigide des droits personnels et des droits réels — produit de la méthode d'interprétation que nous critiquons — ne permet pas l'explication de toutes les situations juridiques que présentent les faits. Il y a des droits qui ne sont ni pleinement personnels ni pleinement réels. C'est une grave

erreur de vouloir créer dans les sciences, expressions plus ou moins approchés de réalités vivantes, des catégories tranchées, isolées et impénétrables. Entre chacun de ces groupes juridiques découpé par l'esprit qui ne saurait embrasser la complexité des choses, il n'y a pas de frontières infranchissables. L'on passe de l'une à l'autre par une infinité de nuances. La vie juridique est, en effet, beaucoup moins simple qu'on ne se l'imagine lorsqu'on veut faire entrer (1) tous les droits soit dans la série des droits réels, soit dans la liste des droits personnels (2). On l'a bien vu en ce qui concerne le droit du preneur dans le contrat de louage, droit personnel et cependant opposable aux tiers.

Le droit des coassociés serait-il de même nature ? On l'a dit (3). D'autres auteurs y ont vu l'exercice d'une servitude légale d'indivision (4) ou d'un droit de copropriété (5) ou encore d'un droit de rétention (6).

Peu nous importe. L'existence de la société, en droit moderne, le but même auquel répond cette institution exige juridiquement que les biens sociaux, même saisis,

(1) Cf. Gény. *Méthode*, p. 124.

(2) La prétendue limitation des droits réels n'est nulle part écrite dans la loi. Les rédacteurs du code ont seulement manifesté l'intention d'interdire la création de tout droit réel qui se rattacherait au régime féodal. Cette considération n'est d'aucune portée ici. Cf. Percerou (*Traité de Droit commercial* Thaller). *Des faillites*, t. I, p. 114 et la critique qu'il fait des « catégories juridiques immuables. »

(3) Thiry. *Revue critique* (1re série) 1854, t. V, p. 412 et suivantes.

(4) Boistel. *Précis de Droit commercial*, nº 158, p. 120.

(5) Mongin. *Revue critique*, 1890, p. 697 et s.

(6) De Vareille-Sommières. *Personnes morales*, p. 256, nº 549.

soient par preférence affectés au payement des créanciers sociaux. Toute autre décision entraverait le fonctionnement de la société. Les créanciers sociaux insuffisamment payés recourraient sur d'autres biens sociaux. Ainsi les créanciers personnels, qui ne peuvent saisir les biens sociaux arriveraient indirectement à cette saisie. Malgré l'autorité qui s'attache au nom de M. Wahl nous ne trouvons pas ces considérations « puériles » ! N'est-ce pas le but à remplir qui détermine la forme et la puissance de tout droit? N'est-ce pas en fonction de l'effet qu'il doit produire, de son utilité que doit se modeler le droit créé par la volonté des associés (1)? Est-il besoin de rappeler les idées de Ihering et le Zweckim Recht? Impossibilité de saisir les biens sociaux pour les créanciers personnels, droit de préférence aux créanciers sociaux, voilà la véritable solution juridique. Aux auteurs de rechercher quelle est la construction qui la conciliera le mieux avec les principes admis, et, s'ils ne la trouvent point, à sacrifier les anciens principes qui n'apparaissent dès lors comme n'ayant jamais été que des hypothèses, en contradiction avec les faits. On l'a dit, jamais les besoins du commerce ne seraient arrivés à créer la lettre de change, s'il avait fallu attendre pour la juger le système qui devait la mettre d'accord avec les règles alors reçues.

Sans expliquer par quel mécanisme juridique on le peut justifier, sous la pression des nécessités pratiques, MM. Aubry et Rau (2) accordent aux créanciers sociaux un droit de préférence sur l'actif social à l'encontre des

(1) Cf. Thaller. *Traité élém.* nº 298.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 566. § 383 note 7.

créanciers personnels des sociétaires. Nous savons que chez les éminents auteurs le rigorisme apparent de la méthode s'allie souvent à certains tempéraments, dont le seul défaut est peut-être de n'être pas assez avoués (1). Par suite les savants continuateurs de Zachariæ reconnaissent au fonds social d'une société civile les caractères d'un patrimoine, alors qu'ils nient en pareil cas l'existence d'une personne morale.

Nous voilà encore une fois et à l'encontre de la théorie classique du patrimoine, en présence d'une masse de valeurs actives et passives, intimement liées les unes aux autres, correspondant à un même but économique, en face d'un véritable patrimoine, et ce patrimoine n'est celui d'aucune personne morale, d'aucun individu physique !...

Le patrimoine des sociétés civiles n'est pas un patrimoine complètement indépendant. Il en est de lui, comme du patrimoine des sociétés de commerce par intérêt : il n'y a point de séparation absolue entre ce patrimoine et le patrimoine personnel des associés. Les sociétaires sont tenus accessoirement des dettes sociales (2). Mais n'est-il pas permis aux associés par le seul jeu des conventions juridiques et sans qu'il soit besoin de faire appel à la personnalité morale de constituer le fonds social sous forme de patrimoine complètement séparé

(1) Cf. sûr la *déduction tempérée*. Gény. *Méthode*, p. 40 ; C. Appleton. *Observations sur la méthode dans l'enseignement du droit en général, du droit romain en particulier* dans « Revue internationale de l'Enseignement 1891, t. XXI, p. 241 et suivantes

(2) Divisément et par parts viriles. Cass. 13 juin 1904. *Journ. soc.* 1905, p. 18 ; Nancy, 6 avril 1905 ; *Journ. soc.* 1905, p. 425.

aussi bien au point de vue passif qu'au point de vue actif? Le patrimoine social peut-il avoir des dettes à lui propres dont il réponde seul, sans la garantie subsidiaire des patrimoines personnels des associés?

La question s'est presentée d'une façon différente pour les sociétés créées avant 1893 (1) et pour celles formées depuis.

Les statuts d'une société civile pouvaient-ils avant la loi de 1893 stipuler que les associés ne seraient point tenus des dettes sociales et que le fonds social en serait seul le gage?

La notion du patrimoine inséparable de la personnalité oblige la doctrine et la jurisprudence (2) à considérer cette clause licite et utile (nous le montrerons) comme inefficace. C'est porter un grave préjudice aux associés et faire mépris de leur intention clairement exprimée.

Le raisonnement est celui-ci : la société civile n'est pas une personne. Elle ne saurait donc avoir un patrimoine. Les biens sociaux et les dettes sociales font partie des patrimoines des associés. Ceux-ci sont indivisibles, il est par conséquent impossible de limiter efficacement vis-à-vis des tiers la responsabilité des associés à leurs apports.

(1) On sait que la loi de 1893 (1er août) ajoute à la loi de 1867, l'art. 68 suivant : « quel que soit leur objet les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. »

(2) Arrêts admettant que les sociétés créées avant la loi de 1893 ne profitent pas de la limitation de la responsabilité aux mises des associés. Req 21 fév. 1883. S. 84. 1. 361 note Labbé; Cass. 16 juin 1880. *Rev. Sociétés* 1881, p. 261; Paris, 18 juin 1900, *journ. Soc.* 1901. 75; Cass. 13 juin 1904. D. 1905. 1. 25.

Bien avant 1891 (1) et cette argumentation est encore valable pour ceux qui, avec nous, repoussent la nouvelle interprétation jurisprudentielle, il avait été donné en faveur de la liceité de la clause de limitation des droits des créanciers aux valeurs sociales d'excellentes raisons. M. Labbé (2) tout en admettant implicitement qu'il n'est point de patrimoine séparé en dehors de la personnalité morale, a montré que la division de chacun des patrimoines des associés en deux parts dont l'une seulement serait réservée aux créanciers sociaux était parfaitement admissible.

L'article 2092 n'est pas d'ordre public il peut y être

(1) Depuis 1891, la société civile est regardée en jurisprudence comme revêtue de la personnalité. Elle pourrait donc avoir un patrimoine à elle. (Cf. Thaller. *Traité* 4e éd 1910, n° 754). La jurisprudence évite cette conséquence de la personnalité, qu'imposerait cependant la doctrine de MM. Aubry et Rau : toute personne a un patrimoine. Les arrêts regardent, nous le savons, comme des personnes morales les sociétés de commerce par intérêt. Et cependant, en pareille hypothèse, le droit des créanciers sociaux s'étend aux patrimoines personnels des sociétaires. Tout ne se passe point comme si la société était une personne différente des associés. On comprend dès lors que les tribunaux n'attribuent ici comme effet à la personnalité morale dont ils gratifient les sociétés civiles que l'existence d'un droit de préférence pour les créanciers sociaux. Selon elle il n'est pas de l'essence de la personnalité morale de limiter le gage des créanciers aux apports. Nous n'avons plus à revenir sur la bizarrerie qu'il y a, lorsqu'on a feint ou constaté l'existence d'une personne morale seule propriétaire du fonds social, à regarder que les engagements pris par ou au nom de cette personne morale grèveront, non seulement les apports qu'on paraît considérer comme parties intégrantes des patrimoines des associés, mais ces patrimoines eux-mêmes dans leur indivisibilité.

(2) Note sous req. 21 fév. 1883. S. 84. 1. 361.

dérogé. Par suite d'une convention les créanciers peuvent n'avoir de droits que sur certains biens de leur débiteur : nous l'avons vu déjà ailleurs il n'y a rien là de prohibé. Il est permis à un contractant d'assigner à un créancier un élément de son actif à l'exclusion des autres. C'est là un stipulation comme une autre. Eh bien, ce que chaque associé peut faire lui-même, il peut, par les statuts, donner au gérant pouvoir de le faire. L'administrateur ne peut engager les associés que conformément au mandat qu'il a reçu d'eux. Son pouvoir s'arrête aux limites mêmes de ce mandat. Il ne peut aller au delà. La clause du pacte social déclarant que les associés ne seront pas obligés personnellement et en dehors de leur mise, borne les pouvoirs de l'administrateur. Ainsi décide l'article 1862 : « L'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir. » Dans la procuration donnée par les statuts au gérant, les créanciers puisent le pouvoir d'attaquer les sociétaires (1). Ils ne peuvent avoir de droits qui ne viennent d'elle. Ils doivent donc subir les limitations qu'elle donne aux pouvoirs du mandataire qui a contracté avec eux (2).

MM. Thaller, Lyon-Caen et Renault (3) partagent cette manière de voir.

A l'encontre de cette argumentation la jurisprudence

(1) Cf. Thaller, *op. cit.*, nº 755.

(2) M. Labbé s'appuie aussi sur l'article 1855 qui, déclarant nulle la stipulation qui affranchit de toute contribution aux pertes *la part* d'un associé, décide *a contrario* de la validité d'une convention qui affranchirait de la contribution aux dettes la fortune extra sociale d'un sociétaire.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial,* t. II, nº 1077-4º (édit. de 1908), *adde* Houpin, *Sociétés*, nº 112.

invoque l'ignorance dans laquelle vont se trouver les tiers. Ils ne connaîtront point la limitation donnée aux pouvoirs du mandataire. Il est de principe dit-elle, que le mandant soit responsable alors même que le mandataire aurait dépassé ses pouvoirs, si rien ne pouvait révéler au tiers contractant les restrictions imposées aux pouvoirs du mandataire. La cour de Cassation (1) admet donc malgré toutes clauses du contrat de société, la responsabilité indéfinie et par parts viriles, à moins que la stipulation limitative de la responsabilité des sociétaires n'ait été spécialement rappelée dans le contrat passé avec le tiers (2).

L'on doit repousser cette dernière exigence empreinte d'un esprit par trop formaliste. Il faut cependant tenir compte de la juste remarque des arrêts et n'accorder valeur à la clause de responsabilité limitée aux apports que si elle a été accompagnée d'une publicité de fait (mention des mots : société civile anonyme ou par action). Il ne saurait y avoir en pareille hypothèse faute du mandant. L'administrateur ne s'est pas présenté avec des

(4) Paris, 18 juin 1900, *Journ, Soc.* 1901, p. 75. Cass. 13 juin 1904. D. 1906. 1. 385 (note Wahl).

(5) Sur un argument tiré contre la théorie du mandat de l'article 1863 lui-même, voir la réponse de M. Boistel, note sous Saint-Denis (Réunion, 8 juin 1894, D. 97. 2. 82). D'après cet auteur, le mot « acte » dans l'article 1863 désignerait bien le pacte social et non le contrat passé avec le tiers (Cf. Chéron, *Annales de Droit commercial* de 1905, p. 205). D'autre part, et plus sûrement, l'on doit dire qu'au point de vue historique et d'après les travaux préparatoires, les articles 1863 et 1864 visent les associés qui ont traité *conjointement* et non point ceux qui ont traité par l'entremise d'un mandataire. Voir sur ce point Porlier, *Des sociétés à forme commerciale ayant un objet civil*, thèse Paris, 1906, pp. 93 et suiv., p. 111 et suiv.

pouvoirs apparents plus larges que ses pouvoirs réels. Il n'engagera les sociétaires que dans les limites de la procuration à lui conférée.

Ainsi dans les sociétés civiles par le seul jeu du contrat mis en action par la convention de mandat aura pu se former, à notre sens, un patrimoine véritablement autonome, indépendant de toute personnalité individuelle (physique ou morale) et séparé au point de vue passif, comme au point de vue actif des patrimoines personnels des associés.

Pour les sociétés postérieures à 1893, les mêmes questions ne se posent pas.

La société s'est elle conformée à la loi de 1867 elle est une société anonyme ou en commandite par actions. L'indépendance du patrimoine social en ce qui regarde les actionnaires est opposable aux tiers.

La société civile au contraire ne s'est-elle pas conformée à la loi de 1867, alors qu'elle prétendait avoir un patrimoine complètement indépendant, la question devient plus délicate.

De telles sociétés ne sont point commerciales, pourrait-on-dire. L'article 68 (ajouté à la loi de 1867 par la loi de 1893) décide en effet que les sociétés en commandite ou anonymes *qui se seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi seront* commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. Dans notre hypothèse la société ne s'est pas constituée dans les formes commerciales c'est donc une société civile. On retombe alors dans l'hypothèse étudiée précédemment. Dans une société *civile*, les associés peuvent-

ils par une clause du pacte social limiter leur responsabilité à leurs apports?

Cette interprétation a été repoussée en général. Il ne faut pas voir dans les « formes » visées par l'article 68 l'application intégrale de toutes les dispositions de la loi de 1867. A ce compte il suffirait que toutes les prescriptions du droit commercial aient été observées sauf une pour que l'on prétende échapper à la loi de 1893. Les fondateurs pourraient assurer à la société d'objet civil tous les avantages de l'organisation commerciale sans se soumettre à la réglementation rigoureuse de la loi de 1867. Le mot « forme » doit précisément s'entendre de l'organisation constitutive de la société. Les travaux préparatoires en font foi. La pensée du législateur a été de soumettre à toutes les règles du droit commercial les sociétés, quel qu'en soit l'objet, qui se constitueraient avec l'attribut essentiel des sociétés par action. Ce caractère fondamental paraît bien être justement la limitation de responsabilité de la totalité ou de partie des sociétaires. Toute société qui adopte cette clause limitative adopte la forme des sociétés par actions et doit se soumettre à la loi de 1867 dans son entier. Sinon elle s'expose à la nullité et ses fondateurs aux pénalités édictées par la loi sur les sociétés. Telle est l'opinion qui a prévalu (1). On a alors affaire à une société commerciale. Il n'y a donc plus, en pareil cas, à se demander si une société civile,

(1) Cf. Thaller, 4e éd. 1910, nº 761, p. 241 ; Houpin, articles dans *Journ. Soc.* 1904 et note dans S. 1904. 2. 89 sous Besançon, 27 mars 1903 ; aussi req. 14 janvier 1905, D. 1906. 1. 129 (note Le Poittevin) et S. 1907. 1. 529 (note Wahl). Cass., 7 janvier 1908, D. 1908. 1. 126. Cf. aussi sur la question l'article de M. Chéron dans les *Annales de Droit commercial* de 1905.

bien que n'étant pas une personne morale, peut donner naissance à un patrimoine entièrement autonome, activement et passivement. La question débattue ici n'existe plus pour les sociétés civiles postérieures à 1893.

IV. Associations non déclarées. — Cette digression nécessaire ne doit point nous faire oublier notre objectif : montrer des situations juridiques que la théorie classique du patrimoine attribut de la personnalité ne permet pas de solutionner d'une façon satisfaisante,

Le dogmatisme *a priori* de MM. Aubry et Rau peut rendre parfois pratiquement impossible une convention d'ailleurs permise par la loi. Le contrat d'association nous en offrira un exemple. Une association licite non déclarée ne revêt pas la personnalité morale elle n'a même aucune capacité juridique (art. 2 de la loi du 1er juillet 1901) et cependant, puisque désormais le contrat d'association est permis, la loi doit en assurer l'exécution (art. 1134). Les associés vont mettre des biens en commun : cotisations, meubles placés dans les locaux de réunion, bibliothèque... Ils vont aussi mettre certaines dettes en commun : achats faits dans le but social, loyer... Par la convention des parties un patrimoine se forme, patrimoine qui n'est en rien, cette fois encore, l'attribut, l'émanation d'une personnalité déterminée (1).

L'existence légale de ce patrimoine distinct affecté aux besoins sociaux de l'association non déclarée a été niée par M. Trouillot (2). Suivant cet auteur, les associations

(1) Ricol, thèse citée, ch. III, p. 340 et 5 ; Margat, De la condition juridique des associations non déclarées, *Rev. Trim* 1905, p. 254. Cf. Van den Heuvel, *La situation juridique des associations sans but lucratif.*

(2) Trouillot et Chapsal, *Du contrat d'association*, Paris, 1908, p. 494.

non déclarées ne peuvent recevoir de cotisations. Si l'un des associés, et ce même en son nom personnel, essaie de faire naître une créance ou une dette au profit de l'association son acte est nul. Il est vicié par une interposition de personnes. L'associé contractant s'interposerait au profit d'une personne morale de fait, d'un incapable : l'association non déclarée. A cela, il avait été répondu bien à l'avance par M. Van den Heuvel (1). La même situation s'était, en effet, produite en Belgique. La loi constitutionnelle consacrait, en ce pays la licéité de toutes les associations, mais certains jurisconsultes, avec la complicité de la méthode classique s'ingéniaient à supprimer dans le domaine des faits toute possibilité de vivre pour celles des associations auxquelles la personnalité morale n'avait pas été accordée. M. Van den Heuvel montre — et nous ne pouvons que renvoyer à cette partie de son ouvrage — que certains droits individuels des associés doivent par application du pacte social être affectés — du moins entre les parties — au but social. Les biens *sociaux* comprendront donc des droits créés par les associés individuellement dans le but social. Le partage de cette masse pourra être écarté par contrat, au minimum pendant cinq ans sans controverse possible.

(1) On a souvent décrit les conséquences auxquelles aboutiraient semblable conception (Cf. par exemple de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, p. 295). Les choses que les associés auraient affectées au but commun cesseraient de leur appartenir. Ils les ont données à une personne morale de fait. D'autre part, cette personne morale n'a pas d'existence légale : ce sont des biens sans maître. Les biens sont-ils volés, les associés ne pourront poursuivre les voleurs ; les biens sont ils endommagés, ils ne pourront actionner l'auteur de la faute. Les associés ne peuvent acquérir en vue de leur entreprise : ce serait acquérir pour l'associatisn qui n'existe pas, etc.

Cet ensemble de valeurs forme-t-il un patrimoine ? Dans le système de M. Van den Heuvel ce n'est pas un patrimoine complètement distinct des patrimoines des associés. Par le seul effet du contrat une masse sociale est créée. Mais la convention — *res inter alios acta* — est sans effet à l'égard des tiers. Les créanciers personnels des associés peuvent donc saisir librement les biens sociaux. Les créanciers sociaux n'auront pas de droit de préférence sur eux. Les biens de l'association non personnifiée ne forment pas un patrimoine, ou si l'on veut ils ne forment qu'un patrimoine de fait sans existence extérieure.

Avant 1901, alors que le contrat d'association n'était pas encore réglementé en France. M. de Vareille-Sommières (1) avait proposé de le considérer comme un contrat innommé. On sait, en effet, que notre droit n'accorde pas la sanction légale aux seules conventions prévues par les textes (art. 1107). Dans cette théorie on devait appliquer à l'association la réglementation édictée au sujet du contrat nommé le plus rapproché de lui : le contrat de société. Par application de l'article 1860, il se formait dès lors un patrimoine social bien distinct en droit, sans que l'association soit douée de la personnalité.

Nous avons vu dans notre second livre qu'il était possible à toute personne de consacrer à un but une partie quelconque de son patrimoine, pourvu que le maintien de cette affectation lui soit imposé par une contrainte

(1) De Vareille-Sommières. *Le Contrat d'association.* — Voir aussi, *Les personnes morales*, ch. IV, p. 290 et 291 et suiv., ouvrage paru après la promulgation de la loi de 1901.

externe : loi ou contrat passé avec un tiers. Pourquoi plusieurs personnes ne pourraient-elles s'engager à mettre ou à maintenir en commun en vue d'une entreprise des fractions de patrimoine ainsi détachées? Il suffit, pour expliquer par quel mécanisme un tel patrimoine nouveau peut exister, d'admettre que chaque associé, par le contrat d'association a non seulement effectué son apport, mais encore créé au profit de ses coassociés un droit réel (droit d'usage, de rétention....) sur sa part dans les biens appliqués à la poursuite du but social. Ainsi l'ensemble des biens sociaux apparaîtra comme un patrimoine distinct vis-à-vis des tiers.

Ce droit réel, les parties ont certainement voulu le créer. Elles ont voulu que les valeurs appliquées par chaque associé à l'association fussent exclusivement affectées à celle-ci. Car sans cette affectation réelle de l'apport de chaque associé à la poursuite du but commun, l'association n'aurait pas de lendemain assuré, ne pourrait pas fonctionner. Il faut donc reconnaître qu'en pareil cas, la masse sociale forme un patrimoine nettement séparé des patrimoines propres des associés alors même que ce patrimoine ne se rattache ni à une personne morale, ni à une personne physique unique. Ce résultat est évidemment contraire aux postulats de l'école classique sur la nature juridique du patrimoine.

Peut-on en droit *positif* français, depuis la loi du 1er juillet 1901 et s'il s'agit d'une association non déclarée regarder les biens que les associés affectent au but social comme formant même au regard des tiers un patrimoine séparé. Certains ont cru la chose impossible (1). Ils

(1) Planiol, t. II, 2e édit. no 2015 ; Margat, *loc. cit.*

considèrent de tels biens comme soumis aux règles de l'indivision ordinaire. Mais, suivant la juste remarque de M. Ricol (1) « en soumettant au régime de l'indivision les biens d'une association non déclarée, qui est licite cependant, on la traite comme n'existant pas, on ne fait pas de différence entre elle et une association de fait, une association illicite nulle pour quelque cause mais qui n'est point encore dissoute ». On ne donne aucun effet à la volonté certaine des parties qui, cependant dans tout contrat licite doit faire loi (art. 1134). Les contractants ont eu en effet l'intention d'affecter certains biens aux éventualités sociales.

Qu'on suive au contraire la théorie que nous avons exposée tout à l'heure, on s'en rendra compte : la capacité juridique de l'association (capacité refusée à l'association non déclarée) n'est nullement nécessaire pour permettre la spécialisation d'un patrimoine distinct par sa destination sociale. La capacité des parties suffit pour obtenir ce résultat. Par leur convention un patrimoine séparé s'est formé. L'économie même du contrat veut qu'un associé ne puisse aliéner en tout ou partie les biens communs et contrarier ainsi le but poursuivi. Les associés ont entendu que les créanciers sociaux viendraient exclusivement sur le patrimoine social. Ce patrimoine a une existence juridique vis-à-vis des tiers.

L'article 2 de la loi de 1901 va-t-on nous dire refuse la personnalité juridique à l'association non déclarée, comment pourrait-on lui attribuer ainsi un patrimoine ? Notre réponse sera simple. L'argument ne vaut que contre les adeptes de la théorie de MM. Aubry et Rau, contre

(1) Thèse citée, p. 351.

ceux qui relient étroitement ces deux concepts distincts: patrimoine et personnalité.

En fait la situation ne sera pas du tout semblable à celle que l'on désigne sous le nom de personnalité juridique. Le patrimoine social aura sans doute une existence séparée, sur lui auront *seuls droit les créanciers sociaux*. Il rentrera cependant dans les différents patrimoines des associés. Les coassociés seront donc subsidiairement tenus des dettes sociales sur leurs biens propres. De plus, l'association n'ayant pu se placer sous le régime de la personnalité morale, chaque associé en se retirant librement (art. 4), si du moins l'association n'est point formée pour un temps déterminé et en l'absence de toute disposition statutaire contraire, pourra reprendre sa part. Sous le régime de la personnification au contraire le patrimoine social complètement indépendant ne subit aucune diminution par la retraite d'un associé. Enfin les biens de l'association seront extrêmement restreints. Ils se limiteront aux cotisations (art. 4, *non obstat*, art. 6) et aux quelques meubles qui permettront à cette association licite de fonctionner. L'intention du législateur en refusant la capacité juridique à l'association a certainement été d'interdire aux associés un plus considérable usage de leur capacité personnelle dans l'intérêt social. Leur accorder moins serait d'autre part effacer l'article 2.

Nous le répétons une fois encore l'existence d'un patrimoine social résulte, à notre sens de la seule application du contrat d'association lui-même. Contre ce contrat on ne saurait invoquer l'article 17 de la loi de 1901. Une telle convention ne peut être regardée comme nulle sous le prétexte qu'elle aurait pour objet de soustraire aux dispositions des articles 2, 6, 9, 11, 13, 14 et 16, puisque pré-

cisément l'article 2 en consacre la validité. Une association sans biens est inconcevable. Nous chercherions en vain des hypothèses dans lesquelles on aurait intérêt à s'unir sans qu'il soit immédiatement nécessaire de réunir d'une façon durable quelques ressources destinées au but commun. Il est peu probable que la Chambre en adoptant l'amendement Ribot et Groussier ait eu en vue des *associations de prières !* Ce sont les seules qui se puissent contenter d'apports purement moraux !... mais elles ne rentrent point dans les cadres juridiques. La loi ne peut pas plus les autoriser que les interdire.

Rien ne saurait donc être invoqué contre cette solution (1). Nous conclurons ici, encore une fois à l'existence possible d'uu patrimoine qui n'est point, selon la description de la théorie classique, le reflet unique et nécessaire d'une personne.

Nous pourrions encore citer l'ensemble des sommes réunies par souscription publique et des dettes contractées dans l'intérêt de l'œuvre pour laquelle l'on donne : patrimoines destinés à l'érection d'un monument, à la construction d'une église, à secourir les victimes d'une inondation et qui ne sont point liés à une personnalité quelconque.

Appendice.

Il est enfin toute une catégorie de patrimoines qui dans la théorie classique ne sont, avec la notion du patrimoine

(1) C'est du reste celle d'excellents auteurs: Hauriou. *Précis de Droit administratif,* 6e édit. p. 261 et sq. ; Josserand. *Centenaire du C. civil* (propriété collect.) t. I, p. 359 ; Ricol, *loc. cit.* et jusqu'à un certain point. Margat, *loc. cit.* ; Trib. correct. de Saint-Dié, 2 juillet 1908, Revue d'organisation et de défense religieuse 1908, p. 537.

émanation de la personnalité, qu'en conformité apparente. Les adeptes de la définition du patrimoine reflet de la personne admettent pour la plupart en effet qu'il ne faut voir dans la « personne morale » qu'une simple fiction créée par le législateur. C'est reconnaître implicitement, en cas d'association ou de fondation personnifiées, l'existence de patrimoines spéciaux et distincts des patrimoines propres des associés, des bénéficiaires, sans qu'ils soient les attributs de personnes véritables.

Toutefois, pour donner satisfaction aux règles reçues et considérées comme rationellement nécessaires, puisqu'il faut à toute personne un patrimoine et un seul, et d'autre part rattacher tout patrimoine à une personne et à une personne unique, la doctrine de la « fiction » suppose, *feint* une personne morale et fait de ce patrimoine social son attribut. On le sent, dans ce système, la personne morale, pure abstraction, être de raison, n'est qu'une personne purement verbale, toute formelle, placée là pour la symétrie, pour satisfaire une pensée nourrie des idées d'unité et d'indivisibilité du patrimoine. Elle n'est qu'une fiction dont le but est de cacher un accroc aux principes, une dérogation accomplie sous la pression des faits mais dont on n'ose prendre conscience, qu'on ne veut laisser paraître de peur d'ébranler les constructions avoisinantes étayées sur une hypothèse trop vite élevée au rang de loi.

Dans le système classique cet artifice ne cache pas l'existence d'un patrimoine séparé. Il la voile à peine sans pouvoir respecter vraiment les notions reçues. Une fiction du reste n'explique rien. Elle n'est qu'un procédé élégant d'exposition, une pierre d'attente.

CHAPITRE II

Patrimoine et aptitude à avoir des droits pécuniaires.

La double affirmation de l'école classique : « pas de patrimoine sans personnalité », « pas de personnalité sans patrimoine », double affirmation dont nous croyons avoir montré l'inexactitude, l'insuffisance et le danger, repose directement sur l'idée même qui est à la base de toute la construction. C'est cette idée qu'il sied maintenant de rappeler, d'examiner et de critiquer.

Déjà nous l'avons indiqué (1), le lien étroit entre la notion de personnalité et celle de personnalité, postulat sur lequel reposent toutes les déductions, se resserre davantage encore lorsque l'école envisage le patrimoine non plus en tant qu'ensemble de biens, mais en tant que droit à cet ensemble de biens. Les savants auteurs qui ont eu l'honneur de donner une forme définitive à la théorie de l'école, MM. Aubry et Rau en arrivent à confondre le patrimoine et la capacité de la personne à être le sujet de droits pécuniaires. L'aptitude à avoir des droits pécuniaires, c'est encore pour eux le patrimoine. C'est dans

(1) Voir là-dessus et pour les citations *supra* : Introduction. *La théorie classique*, p. 24 et suivantes.

ce sens qu'ils peuvent attribuer un patrimoine, à l'enfant qui vient de naître, à la personne qui n'a actuellement aucun bien. C'est aussi parce qu'ils confondent le patrimoine avec la capacité juridique qui permet à l'homme d'avoir des droits patrimoniaux, c'est-à-dire des droits réels ou personnels susceptibles d'être évalués en argent, que les continuateurs de Zachariæ, en font « quelque chose d'inhérent à la personnalité même », une sorte d'être vivant, qui naît avec son titulaire, vit tant qu'il vit, et devrait disparaître à sa mort sans le secours de la fiction de continuation de la personnalité, qui change d'éléments, de valeur, tout en restant toujours le même, insusceptible de degré, un et indivisible. Nous savons, du reste, que MM. Aubry et Rau eux-mêmes se rendent compte de cette fusion intime que leur système établit entre le « droit de patrimoine » et la capacité juridique ou que peut-être, leur plume trahit à cet égard leur inconsciente pensée, car ils écrivent que « le patrimoine d'une personne est sa *puissance juridique* considérée d'une manière absolue, dégagée de toutes limites de temps et d'espace » (1).

L'étude des aliénations entre vifs portant sur le patrimoine ou sur quote part de celui-ci, l'examen de la succession aux biens nous ont montré qu'un patrimoine, n'est point cet être qui croît et qui décroît, qui existe indépendamment des biens qu'il symbolise, mais simplement l'expression à un moment donné de l'ensemble complexe des biens positifs et négatifs reliés entre eux par une destination commune, à ce moment même. Nous n'avons pas à y revenir.

(1) P. 230 note 6 (Aubry et Rau, *op. cit.* t. VI), c'est nous qui soulignons.

Il était cependant nécessaire de rappeler ici la corrélation qui existe entre la conception dont nous avons plus haut montré la fausseté au point de vue spéculatif, l'étroitesse au point de vue pratique et la confusion à laquelle aboutit la doctrine classique entre les notions juridiques de patrimoine et de capacité.

Point n'est besoin d'insister beaucoup pour faire voir quelles vaines complications entraîne cette superposition des notions de personnalité, de capacité, de patrimoine. La capacité juridique se confond elle-même avec la personnalité (1), puisque tout être capable de posséder des droits et d'être soumis à des obligations est une personne. Elle ne présente d'intérêt qu'au point de vue négatif, pour ainsi dire, sous l'aspect d'*incapacités*, c'est-à-dire de limitations plus ou moins arbitraires à cette aptitude à avoir des droits ou à être lié par des obligations qui est en somme la personnalité juridique elle-même. Le patrimoine s'il faut entendre par ce mot la facu'té d'avoir des biens susceptibles d'une évaluation pécuniaire, se confond — comme un doublet superflu, — avec la capacité — ou la personnalité, comme l'on voudra — en tant qu'on la considère dans ses rapports avec les biens estimables en argent. La puissance juridique d'une personne comme telle, mais c'est sa personnalité juridique même ! A quoi sert dès lors cet enchevêtrement compliqué qui accorde à la personne, la personnalité ; à la personnalité, la capacité, à la capacité le droit de patrimoine ; pour enfin faire du patrimoine le sujet des droits et des obligations ? Supposons dans ce système une obli-

(1) Cf. Aubry et Rau. *Cours de droit français*, t. I (5e éd.) § 52, *in fine*, p. 26.

gation pécuniaire contractée entre A et B ; A, personne capable est sujet de son patrimoine, le patrimoine de A est sujet actif de l'obligation en question, le patrimoine de B en est le sujet passif, B est le sujet de ce second patrimoine. N'est-il pas beaucoup plus simple, la notion de patrimoine étant désormais inutile, de la supprimer. Le rapport aura dès lors deux termes seulement, A sujet actif et B, sujet passif !

Remarquons que la première manière d'envisager la situation pourrait n'être pas complètement dépourvue de signification, n'être pas tout à fait inutile. Nous voulons parler de l'explication juridique des successions au patrimoine après la disparition de la personnalité juridique qui en était la titulaire. Reprenons notre hypothèse : B vient-il à disparaître, rien, dans la première manière de comprendre le lien juridique (1), ne sera changé, semble-t-il de premier abord. Celui qui doit ce n'est pas B qui est mort, qui a perdu la personnalité c'est le patrimoine de B. La suppression ne change pratiquement rien, elle a pour seul effet de faire disparaître pour l'avenir le patrimoine de B, d'en cristalliser l'objet dans l'état où il se trouve lorsque survient cet événement. Le problème de la continuation de la personne n'a pas à se poser, il est évité ; la difficulté qu'il prétend résoudre s'est évanouie. Dans la théorie, au contraire, qui prétend réduire le rapport à deux termes A et B. B décédé, le lien est brisé, l'obligation tombe et c'est alors qu'il faut pour la maintenir recourir à la fiction de la continuation de la personne de B par son héritier.

(1) A —— Patrimoine de A. ⌒ . Patrimoine de B —— B

A. ⌒ B.

Il n'y a là qu'une apparence. Car même, et j'allais dire surtout, dans la doctrine classique, le patrimoine, notion équivalente de la notion de personnalité, mais distincte d'elle ne saurait survivre à la disparition de la personne, à laquelle il est indissolublement lié, dont il n'est qu'une qualité, qu'un reflet. Le patrimoine n'étant dans sa plus haute expression que la personnalité même de l'homme considéré dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il a ou pourra avoir des droits à exercer, est rationnellement inaliénable et doit s'émietter à la mort de son titulaire. Seule l'idée de continuation de la personne empêchera — si tant est qu'une fiction puisse faire ce qui est impossible — l'extinction des obligations pécuniaires par le décès de l'obligé. Si le sujet du patrimoine disparaît, il n'y a plus de patrimoine et partant plus d'obligations patrimoniales susceptibles de survivre à celui qui en est ou créancier ou débiteur.

Cela est si vrai — et ici nous passons au danger que présente cette confusion du patrimoine et de la capacité pour l'interprétation progressive du droit — cela est si vrai que M. Percerou dans cet article déja souvent cité au cours de ce travail, critique la théorie classique du patrimoine et esquisse ce qui nous paraît la véritable théorie (2), mais ne croit cependant pouvoir repousser cette donnée que l'Ecole regarde comme une évidence : le patrimoine est une aptitude, le patrimoine est une faculté, le patrimoine est la capacité d'avoir des droit, il est un droit lui-même. Aussi M. Percerou doit-il admettre que la conception qui lui est chère : survie du patri-

(1) Aubry et Rau, t. VI (4e édit.), p. 230 note 6 (*op. cit.*)
(2) Percerou, *op. cit. Rev. trim.* de 1905, p. 587.

moine du défunt. comme tel et sans que son objet soit confondu avec le patrimoine de l'héritier, ne serait compatible en droit français qu'avec l'octroi à la succession de la personnalité morale. La succession personne morale aurait un patrimoine : celui du défunt. Ce serait le moyen de maintenir le patrimoine de *de cujus* dans son indépendance. Le patrimoine s'identifiant avec la capacité d'avoir des droits et des obligations ne saurait exister indépendamment d'une personne ou physique ou morale dont il n'est qu'une qualité. D'autre part la succession ne saurait dans la doctrine commune être une personne morale que par l'effet d'une décision explicite de la loi. M. Percerou en est donc réduit à présenter sa critique comme purement législative et à adopter comme véritables interprétations du droit positif les idées et les solutions qu'il attaque et qu'il regrette.

Il n'est pas jusqu'à M. Demogue (1) qui, dans son étude « sur la notion de sujet de droit », ne subisse la même tyrannie. Le savant juriste croit que toute création d'ensemble de biens et de dettes nouveau exige la reconnaissance d'une personnalité. Au sujet de ces petits patrimoines de fondation crées par un legs ou une donation, et que nous avons décrits, il paraît oublier le parti que l'on peut tirer de la stipulation d'inaliénabilité partielle, clause qui rendra les biens donnés ou légués insaisissables ponr tous les créanciers autres que ceux qui ont concouru à la réalisation du but particulier auquel répond la fondation. Il écrit : « si le légataire fait de mauvaises affaires il sera utile de séparer dans son patrimoine certains biens qui seront entre ses mains affectés d'une

(1) Demogue. *Revue trimestrielle de Droit civil*,1909, t.III,p. 637.

charge, pour dire qu'ils échapperont à ses créanciers et j'avoue ne pas voir de procédé pour reconnaître ce petit patrimoine que de dire : *il y a là un sujet de droit distinct.* » L'auteur paraît cependant un peu plus loin se rendre compte qu'il n'y a cependant à cela aucune nécessité. Il n'en maintient pas moins dans la suite de l'article qu'il faut personnifier le droit légué pour que le « capital ne soit pas perdu dans les mauvaises affaires du propriétaire ».

Une théorie, qui certes paraît de prime abord tout à fait éloignée de la théorie classique du patimoine et qui en est cependant directement inspirée, est celle par laquelle Brinz cherche à expliquer le phénomène de la personnalité morale. Malgré les apparences contraires, la doctrine de Brinz est bien fille de la doctrine du patrimoine-capacité.

Dire que l'Etat ou les villes sont des personnes, assure Brinz (1), est permis à l'imagination, non à l'intelligence et dans un système... De ce que des personnifications du langage populaire l'on a fait des personnes découle directement le principe dont on a tiré la maxime : « sans une personne, pas de patrimoine ». Car puisque l'on créait ces personnes l'on devait justifier de leur existence et veiller à leur maintien : le mieux était de les poser comme une nécessité se déduisant, si elle devait se déduire de quelque chose, seulement et uniquement du postulat : « pas de patrimoine sans une personne ». « Encore aujourd'hui tous ceux qui tiennent pour une nécessité les personnes juridiques partent de ce même axiome et tous ceux qui tiennent pour une impossibilité l'existence d'un patrimoine sans sujet ont soin en retour d'admettre

(1) Brinz, *Pandecten*, t. I, 3e division § 60 et s.

des personnes juridiques... Cependant nous pensons que ceux qui, par leurs personnes juridiques, en sont venus à cet axiome qu'il n'y a pas de patrimoine sans une personne, se sont engagés en partie dans des contradictions au point de vue logique, en partie dans quelques non-sens ». Après avoir critiqué en quelques mots la théorie de la fiction — théorie de Puchta — celle de la personne morale réelle (1) sous la forme que lui donne Arndts ou sous l'aspect de personne organisme qu'elle présente dans Haubolds — et enfin la Willenstheorie de Zitelman, Brinz déclare qu'à la vue de ces contradictions, de ces non-sens, de ces incompréhensibilités une réaction s'est produite. Partant de cette idée qu'on ne peut amener, par le moyen d'une personne feinte, à l'existence ce patrimoine qui ne peut subsister sans une personne comme sujet ; qu'il n'est pas davantage permis de l'amener à l'existence au moyen d'une personne ou personnalité composée contraire à la nature, au droit et au langage, on en, explique-t-il, est arrivé à deux groupes de théories. Les uns rejettent la maxime : « pas de patrimoine sans une personne » lui substituent précisément la phrase con-

(1) L'on suppose connues ici du lecteur les différentes théories qui ont été émises en Allemagne, comme en France, au sujet de la personnalité morale. Chacun sait qu'elles se ramènent, malgré leur diversité infinie, à quatre types : fiction — réalité — propriété collective et enfin théorie de Brinz ou du patrimoine but (Zweckvermögen). L'exposé de ces diverses doctrines — exposé qui a du reste été fait de main de maître et d'une façon définitive par M. Michoud. (*La théorie de la personnalité morale*, 1906-1909, t. I et II), dépasserait le cadre de notre sujet et les dimensions de ce travail.

Voir également bon *résumé* des théories proposées pour l'explication de la personnalité morale, dans l'introduction de la thèse de M. *Partheniu*, *Le droit social sur les choses*, Paris 1908, p. 14-32.

traire : « un patrimoine peut aussi exister sans une personne ou sujet » et ramènent la personne juridique à une simple personnification, à un simple artifice technique. Les autres maintiennent le postulat ancien et veulent que partout des personnes véritables soient regardées comme possesseurs des patrimoines existants. Brinz considère cette dernière idée, celle de Jhéring (1) comme en opposition avec les sources, qui parlent parfois de patrimoines « qui n'appartiennent pas d'une façon absolue à ceux que l'on pourrait parfois tenir pour leurs propriétaires ». Et il ajoute : au fond, dans ces théories d'après lesquelles le patrimoine peut encore exister sans une personne ou sujet, l' « hérédité jacente, le patrimoine de fondation ou de corporation sont alors véritablement des *res nullius*. Une différence décisive existe entre ces théories et la nôtre ; elle consiste en ce que les autres s'en tiennent à la négation de la nécessité du sujet tandis que nous nous cherchons à *remplacer le sujet défaillant* (1) *par un objet* réapparaissant du côté opposé — nous avons nommé le *but* — et à placer dans *celui-ci le point positif dans lequel* nous disons qu'un patrimoine trouve

(1) Ihering : *Esprit du droit Romain*. B. 3. 1. p. 331 (cité par Brinz). Cf. Ihering. *loc. cit.* p. 356 et s.

On n'ignore pas que cette théorie de Ihering a été reprise et développée par M. Planiol, (*Traité du Dr. civil*, t. I, nos 3005 et s.), *doctrine de la propriété collective* et par M. de Vareilles-Sommières, (*Les personnes morales*, Paris 1902) *droits individuels des associés*. L'on a pu voir également les critiques dont elle a été l'objet de la part de MM Michoud, (I, no 27 et s.), et Saleilles, p. 472 et 469 (*La personnalité juridique*, 1910).

(1) Lorsqu'il existe un sujet physique, Brinz s'en tient en effet au *personnen vermögen*. C'est par erreur qu'on lui attribue souvent en France une théorie unitaire du patrimoine.

aussi bien que dans une personne son point d'appui, son centre, son attributaire. Un patrimoine est pour nous impossible sans attributaire. On cherche à démontrer la possibilité des patrimoines privés de sujet de telle sorte que la question de l'attributaire disparût mais, à cause de cette impossibilité même, cette démonstration nous paraît inacceptable, abstraction faite de toutes ses autres difficultés. Brinz en vient alors à l'exposé de sa théorie (1) : Dans le langage, dit-il, une chose peut ne pas appartenir comme il en est d'ordinaire, *à quelqu'un* mais aussi appartenir *pour quelque chose*. A la base de tout notre système est cette assertion : dans le droit comme dans le langage une chose peut appartenir pour quelque chose. En fait, certaines choses, comme des patrimoines en masses immenses appartiennent pour quelque chose. Toutes les choses et patrimoines que le droit romain considère parfois réellement comme *res nullius*, parfois (personnifiant à la façon populaire) comme appartenant à des Dieux, à des villes à des temples et à beaucoup d'autres choses, appartenaient en réalité toutes *pour quelque chose*. La démonstration ici se trouve plus que dans toute autre nécessité dans la nécessité logique. Dans les cas où il n'y a aucune personne à nommer à laquelle les choses appartiendraient, quelque chose doit alors exister *pour* laquelle elles appartiennent. Et précisément elles appartenaient alors *à un but*, car là se trouve énergiquement la pensée du but. Nous nommerons donc cette même sorte de patrimoine ; patrimoine-but, Zweckvermögen. » Le patrimoine-but n'appartient à personne il appartient à sa destination, à son objet, à son but (littéra-

(1) *Op.* et *loc.* § 61.

lement *pour* sa destination. *pour* son but. Telle est l'essence de la théorie de Brinz (1), malgré la longueur de citation que ce mode d'exposer entraînait, nous avons voulu la synthétiser à l'aide de phrases et de développements empruntés à l'auteur lui-même (2).

(1) Brinz assure que la doctrine du Zweckvermögen, par lui esquissée pour la première fois, a été adoptée depuis plus ou moins par Demelius, Runda, Bekker, Böhlau ; par Bruns, du moins pour le patrimoine de fondation (Holtzendorff, *Encyc.*, 2e édition, p. 338) ; complètement par Francesco Forloni *Delle persone giuridiche,studio critico Bologna*, 1871, p. 25, III et suiv.) ; par Eisele, à propos de la situation des res publicæ in publico usu (Bâle, 1873, p. 23) et même par Gierke, au moins en ce qui regarde le bien d'Eglise (*Genossenchafttheorie*, 1881, p. 865) (Brinz, *op. cit*, § 61, note 2) Il nous serait impossible d'entrer dans toutes les nuances que comportent ces adhésions plus ou moins complètes, et les transformations que font subir, en l'adoptant, au système de Brinz ces divers auteurs.

(2) Cette théorie a en effet été comprise parfois de façons assez différentes. M. de Vareilles-Sommières assure que d'après Brinz « le véritable sujet de droit c'est la *res ipsa*, le bien ou l'ensemble de biens affectés au but » et c'est conception que combat l'éminent Doyen (*op. cit.*, p. 124, nos 262, 263, 267, 268, réserves dans le no 264). M. Saleilles (*De la personnalité juridique*, 1910) attribue au contraire à la théorie de Brinz la signification que nous lui avons donnée (p. 475 et 476).

Remarquons que Brinz ne parle jamais de « droits sans sujets », « subjectlosenrechte », mais de « patrimoines sans sujets », « subject losenvermögen », et qu'un de ses disciples — qu'il combat du reste sur ce point — combine (au moins, pour les associations et les sociétés) la notion de sujet du patrimoine et celle de Zweckvermögen. (Voir Bekker, *Zweckvermögen dans Zeitschrift für Gesammte Houdelsrecht*, t. IV, pp. 498-567 et *System der Heutigen Pandectenrechts*, Bd. I, § 41, 42, 59). Cf. aussi du même auteur, *Zur Lhere von Recht subjeckt* dans *Iherings Jahrbücher für Dogmatick*, XII, p. 1 et suiv.

Voir sur la théorie de Brinz G. Rümelin : *Methodisches über jurits-*

Evidemment Brinz se sépare de l'Ecole classique lorsqu'il repousse l'axiome fondamental : « tout patrimoine appartient à une personne. » Il est cependant permis d'affirmer que son système est tout imprégné de la notion de patrimoine telle qu'elle est exposée par MM. Aubry et Rau. C'est la doctrine classique qui fournit à Brinz la confusion même qui lui permet de résoudre,en apparence du moins, le problème ardu de la personnalité morale. Que l'on se rappelle en effet le passage de Neumer, que nous avons cité dans notre introduction et on verra le lien certain qui existe entre les deuxdoctrines. C'est parce qu'il entend sous le nom de patrimoine à la fois un ensemble de biens et d'obligations et une certaine capacité que Brinz croit pouvoir remplacer la personnalité morale par une simple conception patrimoniale. Ce patrimoine à double face,variant avec l'angle sous lequel on l'envisage, c'est celui que nous ont montré MM. Aubry et Rau, les auteurs qui ont construit la plus complète synthèse de la notion classique, lorsqu'il dépeignaient le patrimoine tantôt comme un ensemble de biens, tantôt comme une puissance juridique. Brinz remarque que les différentes masses de biens que la doctrine courante attribue fictivement à telle ou telle personne morale forment des ensembles cohérents, des groupes unifiés, autant de tout distincts, des patrimoines enfin. Inconsciemment il prend ensuite l'expression « patrimoine » dans le sens subjectif. Le patrimoine n'est plus alors l'ensemble des biens et des obligations, c'est l'aptitude à avoir ces biens, à être lié par ces obligations, c'est la faculté d'être propriétaire,

ches personen (Programm wodurch zur feier des geburtsfestes des Grossherzogs Friedrichs, Freiburg i-B 1891) et *Zweckvermögen und Genossenchaft* (Freiburg, 1892).

d'être créancier, d'être débiteur. Toute l'originalité de Brinz consiste à déclarer que puisque le patrimoine renferme en lui-même une certaine puissance juridique, une certaine capacité d'avoir des droits réels ou d'être lié par des obligations, cette personnalité à laquelle on rattache ordinairement le patrimoine ne joue en somme qu'un rôle effacé, n'est même d'aucune utilité. L'on peut donc, pour prendre la terminologie de Brinz, fort bien remplacer ce *sujet* tout fictif ici, élément de causalité, élément créateur lorsqu'il s'agit du patrimoine des personnes physiques, par un *objet*, un élément de finalité qui en sera le centre.

Et cependant de deux choses l'une ; ou le patrimoine, empruntant sa capacité au but même, ne sera qu'un ensemble de biens, ou il sera lui-même, et alors uniquement, une puissance juridique.

Si le patrimoine est un ensemble de biens le problème de la personnalité morale n'est pas résolu. Un ensemble de biens est inerte par lui même. Il faut une personne pour l'animer, pour acquérir de nouveaux droits pour créer des valeurs nouvelles que leur destination permettra à celui qui voudra à un moment donné connaître le patrimoine de l'association ou de la fondation de grouper avec celles de même affectation. S'il en est autrement, il n'y a plus d'activité juridique, plus de développement économique. La conception d'une masse de biens est à elle seule purement statique. Elle ne saurait donc répondre qu'à des besoins transitoires : patrimoine de souscription (1), patrimoine à liquider (succession vacante). Elle ne peut remplacer la personnalité morale dans les

(1) Saleilles, *De la personnalité juri tique* (1910), p. 477.

sociétés anonymes, dans les associations, dans la plupart des fondations et en droit public parce que toutes ces situations comportent une vie juridique, des changements, des contrats, des transmissions de droit et qu'un ensemble de biens ne peut ni contracter ni aliéner... Si l'on emprunte au but cette puissance de réalisation qui fera passer l'ensemble de biens de l'état statique à l'état dynamique c'est une toute autre thèse. L'on arrive à quelques nuances près à une personnalité réelle telle qu'elle sera, bien après Brinz. proposée par d'excellents auteurs, par M. Michoud par exemple.

Telle n'est pas la pensée du créateur de la théorie du Zweckvermögen Ce qu'il veut c'est que, en lui-même, le patrimoine soit une puissance juridique. A l'ensemble de biens, il faut alors accorder une capacité qui sera exercée par une volonté quelconque, son organe. Qu'on le veuille ou non c'est retomber dans le même dilemme.

Ou il faut rattacher cette puissance juridique à une personne à laquelle appartiendra ce pouvoir subjectif, cette capacité. La rattache-t-on au but, cette fois encore on fait du but une personne et l'on va à la personnalité morale, sujette des droits patrimoniaux, et réelle (intérêt protégé par une volonté). Or de cette personnalité Brinz ne veut à aucun prix. Et dès lors cette capacité juridique, puisque c'est bien ainsi qu'il faut entendre le mot patrimoine, n'a aucun sujet qui la ferait sienne dont elle serait une qualité et à qui elle appartiendrait en propre.

Pour en sortir l'on doit faire appel à une théorie objective telle que celle qu'a depuis développée M. Duguit (1).

(1) L. Duguit, *Etudes de droit objectif* : 1) *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*; 2) *L'Etat, les gouvernants et les agents.* Cf. *Le*

Il n'y a pas de droit subjectif, il n'y a que des rapports d'interdépendance sociale plus ou moins conformes à la règle de droit. La notion de personnalité, la notion de sujet de droit doivent être abandonnées comme purement métaphysiques. Le positiviste ne connaît que les faits.

Personne n'est plus que nous partisan de l'étude des faits. Il n'en faut pas moins remarquer ceci. S'il n'y a personne dont la capacité même soit l'origine des droits qui forment le patrimoine de la personnalité juridique, de qui ces droits proviennent, qui les ait créés et qui les maintienne comme tels, c'est donc que leur origine et leur durée vient de quelque chose d'extérieur à l'individu, d'une règle objective interprétée par les plus forts, par les gouvernants, qui constate la nécessité de semblables rapports d'interdépendance et les établit à titre de relations juridiques. Ce sera donc, dans le système de Brinz, la Société, l'Etat qui décidera de ces affectations diverses, qui déterminera ces différents « zweckvermögen » et fera bénéficier les individus, ou les buts qu'ils se pourront proposer de ces affectations respectives. Et comme l'explique fort bien M. Saleilles (1), cela revient à faire de l'Etat la source et la mesure de tout droit. Et cela est faux, au point de vue des faits eux-mêmes et en particulier des faits historiques. L'Etat est seul maître des affectations (2). C'est légitimer en un faisant quelque chose

droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat (1908), du même auteur.

(1) Saleilles, ouvrage cité (1910), p. 481.

(2) Cf. pour la justification de ce grief fait à l'idée de Brinz, ce passage de M. Grünebaum-Ballin : *La séparation des Eglises et de l'Etat*, 1905, p. 11 : « ...Sans aller jusqu'à affirmer que le but, l'idée est propriétaire du patrimoine d'une personne morale disparue, *on reconnaît que le patrimoine est grevé d'une affectation en faveur*

de rationellement nécessaire et obligatoire le système de la concession et de la suppression administrative de la personnalité morale.

La construction de Brinz dans son interprétation la plus claire aboutit à l'omnipotence de l'Etat. Elle doit être repoussée, De l'éclosion de l'idée de Brinz, nous l'avons dit, et c'est ce que nons nous proposions de montrer, il faut rendre responsable la théorie classique du patrimoine et le double sens que tour à tour elle donne au mot « patrimoine ».

C'est la même erreur que nous retrouvons chez un auteur italien M. Bonelli (1). M. Bonelli admet que le sujet des droits n'est point l'homme mais le patrimoine et en même temps il ne regarde le patrimoine que comme un ensemble de biens reliés entre eux par un but (*scopo*). « Si quelqu'un, avait dit M. Giorgi, prétend trouver des droits sans sujets, je lui réponds que le droit étant une faculté d'agir requiert inexorablement un sujet qui ait cette faculté » (p. 44.) M. Bonelli de répondre : « C'est exact; mais autre chose est un droit sans sujet, autre

d'un but d'intérêt général et collectif. La personne morale disparaît, il n'y a plus ni sociétaires, ni membres, ni administrateurs. Le patrimoine subsiste avec son affectation.

PERSONNE AUTRE QUE LA NATION, QUE L'ETAT gardien naturel des intérêts généraux n'a qualité pour intervenir à l'effet de régler l'attribution du patrimoine en tenant compte des affectations à des buts. » L'auteur ajoute ailleurs que chercher des représentants de l'intérêt non lucratif (associations, fondations) auquel est affecté le patrimoine, autres que l'Etat, lui paraît purement chimérique.

(1) Bonelli, *Di una nuova teorica della personnalita giuridica* (à propos du livre de Giorgi), *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, vol. IX (1890), fasc. III, p. 325 et suiv. Cf. *Studio sui debiti del donante nella cosi della donazione universale*, même revue, II, p. 210 et suiv.

chose un patrimoine sans sujet. Le droit est une faculté subjective, mais le patrimoine une position, une union objective et dans sa notion rien n'implique un rapport d'activité ; il n'a donc pas, par exigence logique, un sujet (1) ». Certes jusque là il n'y a rien à redire à la théorie de M. Bonelli. Nous aboutirons même sur certains points à des conclusions semblables. Mais ce qui est tout à fait inadmissible c'est, après avoir affirmé que le patrimoine n'est qu'un « *collegamento obbiettivo* » et qu'un droit ne peut être « *nullius* », de faire de ce même patrimoine considéré dès lors comme une puissance juridique subjective capable d'activité, le sujet des droits dont objectivement il est la somme. De fait, lorsque M. Giorgi demande à notre auteur : « Quel est alors le sujet du droit ? sans doute le patrimoine ? mais voici que le patrimoine est en même temps le sujet et l'objet du droit, c'est évidemment absurde pour tout le monde ; car quelle logique de faire tout un des deux éléments essentiels et distincts du droit ? Il n'est plus possible de cette façon qu'il existe un rapport entre l'un et l'autre », M. Bonelli réplique « Ceci est encore très juste, mais qui dit que le sujet et l'objet soient tout un ? Le sujet du rapport juridique est le patrimoine, mais l'objet n'est et ne peut jamais être le même patrimoine. L'objet du rapport est toujours un élément patrimonial... le patrimoine sépare de lui-même une de ses parties ; sujet le patrimoine, objet une de ses parties. » L'auteur est alors bien obligé de l'avouer « le patrimoine comme sujet n'est pas de la même nature que la partie du patrimoine qui constitue l'objet. Le patrimoine sujet n'est pas en effet le

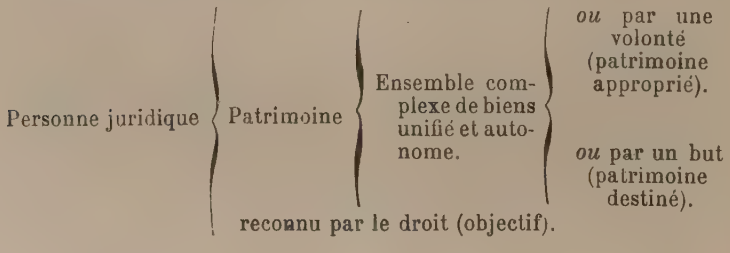
(1) Bonelli, *loc. cit.*, p. 330 (vol. IX, p. 3), 1890.

simple ensemble complexe des choses patrimoniales, mais cet ensemble unifié et organisé, élevé par conséquent à l'unité autonome comme *institutum juris* et cela par la vertu de la destination à lui imprimée ou grâce à une volonté unificatrice qui le domine... dans un cas comme dans l'autre avec l'unité de but et de direction. » (1) Ce ne sont donc pas les choses mais les patrimoines que Bonelli proclame sujets de droit ; pour lui lorsqu'il s'agit des droits contenus dans un patrimoine privé le sujet n'est pas l'homme mais le patrimoine dont l'homme est le centre. « En conclusion, déclare-t-il, abandonnons complètement le système de la fiction par ce qu'illogique. Mais à condition de soutenir un système réel qui ne laisse en dehors aucune des formes et catégories possibles de sujets juridiques, autrement au lieu d'un gain la théorie de la personne juridique de droit privé n'aurait fait qu'une perte. Et cela n'est possible selon moi que si pour dernière réalité active du droit patrimonial, on élève, au lieu de l'homme ou de la collectivité humaine, le patrimoine » (2).

Il est bien évident que tout le système de Bonelli repose sur une équivoque : l'équivoque même que crée la

(1) Bonelli, *Rivista* de 1890, citée, p. 331.

(2) *Op. cit.*, p. 359 ; L'auteur complète ses vues par le schéma de la personnalité juridique que nous traduisons ici :



doctrine classique en faisant du patrimoine tantôt un ensemble de biens, tantôt la seule possibilité, la seule capacité d'avoir sur les biens extérieurs des droits reconnus. Bonelli croit résoudre toute difficulté en matière de personnalité juridique, et ce en faisant du patrimoine la seule personne juridique, l'unique personne réelle. On pourrait d'abord lui objecter l'existence de droits juridiquement reconnus à l'être humain et qui ne sont point des droits patrimoniaux (droits du mari sur sa femme, du père sur ses enfants...), et lui demander quel en est alors le sujet et d'autre part lui montrer que ce que l'on nomme la personnalité morale ne peut pas se couler dans une notion purement patrimoniale, ainsi que l'a excellemment précisé M. Saleilles (1). Nous aurons à revenir sur ce dernier point. Ce qu'il faut surtout c'est attaquer la construction de Bonelli elle-même. Qui est-ce donc qui sera le sujet des droits patrimoniaux dans son système? Sera-ce le patrimoine pris comme ensemble de biens unifié et autonome? Evidemment non! M. Bonelli le dit lui-même : les droits sont des facultés qui n'existent que si elles sont exercées par un être actif. Or, un ensemble de biens est inerte. Ce que l'auteur entend donc par patrimoine-sujet, c'est la volonté même qui unifie le « patrimoine approprié », c'est le but même qui organise le « patrimoine destiné ». Voilà quels sont les agents actifs du patrimoine; les sujets des droits patrimoniaux. On le voit, derrière le mot patrimoine réapparaît cette dualité dans la conception de la personnalité juridique : volonté ici, but là, cette dualité même que M. Bonelli se flattait d'éviter. C'est qu'il est véritablement contradic-

(1) Saleilles, *De la personnalité juridique* (1910), 17e, 18e, 19e leçons.

toire de faire à la fois du patrimoine un ensemble de biens et la capacité nécessaire pour avoir cet ensemble de biens. La masse patrimoniale étant douée d'une existence objective, on est tenté d'attribuer la même existence indépendante à la capacité de posséder des droits patrimoniaux, ou même des droits quelconques, capacité qui sous-entend nécessairement une personne juridique dont elle n'est que la qualité, que l'expression. Un ensemble de biens, un faisceau de droits, un patrimoine peut exister sans sujet, il suffit qu'une vue quelconque de l'esprit relie entre eux ces biens, ces droits, pour que de cet angle leur somme puisse être regardée comme un tout, comme une unité Chacun des droits qui entrent dans cet ensemble, chacun des droits qui font partie de ce patrimoine doit être rattaché à un élément actif qui en aura la disposition ou la jouissance — nous ne pouvons préciser davantage maintenant — cet élément actif ne peut être le patrimoine lui-même.

C'est encore le lien étroit traditionnellement établi entre les idée de patrimoine et de personnalité qui explique l'importance prise dans ces dernières années par la théorie qui ne voit dans le phénomène de la personnalité morale que l'existence d'un patrimoine collectif (1), théorie du reste extrêmement intéressante, juste sur un grand nombre de points, mais qui ne peut rendre compte de tout. Nous ne la critiquerons qu'en tant qu'elle se pré-

(1) V. surtout Van den Heuvel, *De la situation des associations sans but lucratif en France et en Belgique* (1884). (Dans la première partie, l'auteur s'occupe des associations reconnues comme personnes morales. Il ne voit dans cette personnalité que l'octroi de certains privilèges permettant la naissance et le maintien d'un patrimoine collectif) ; Planiol, *Traité élémentaire*, t. I, n° 3005 et suiv.

sente comme une explication complète, définitive et suffisante de toutes les hypothèses étudiées en général sous le nom de personnalité morale. Il est curieux de voir à cet égard jusqu'à quel point elle découle de la notion du patrimoine telle que l'entend la doctrine classique. L'on avait fait du patrimoine une portion de la personnalité, l'on veut faire d'une certaine personnalité un patrimoine. Ici, du moins, a-t-on soin de rattacher le patrimoine à un groupe de personnes. « Le patrimoine, avait dit la doctrine classique, c'est la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle. » D'autre part, nous le savons, l'Ecole ne se mettait-elle pas elle-même en défaut, en accordant cette puissance juridique à des personnes morales, alors qu'elle les regardait comme de pures fictions ? N'était-il pas naturel, dès lors, de remplacer ces personnes artificielles par des groupes de personnes réelles ? Il a semblé que l'existence de patrimoines collectifs, c'est-à-dire d'ensembles de biens autonomes allait donner la puissance juridique à ces groupes de personnes pris comme tels et remplacer la prétendue personnalité accordée à un être complètement fictif.

Tel est le système de M. Planiol. Pour lui ce que l'on désigne sous le nom de personne civile n'est en réalité qu'une forme particulière de copropriété : il s'agit de patrimoines collectifs. C'est un mode de gestion patrimoniale « personnalité affirme M. Planiol est ici synonyme « de propriété collective » (1). Il nous semble que

(1) M. Planiol insiste sur cette idée dans la note 1 du n° 3017, p. 990. Le canton est « *organisé* et cependant on lui refuse la personnalité. Pourquoi ? Parce qu'il n'y a pas de *domaine cantonal* comme il y a un domaine communal et un domaine départemental. Au contraire, la *section de commune*, dépourvue de tout organe,

M. Planiol a inconsciemment ici suivi la doctrine de l'école qui accorde une sorte de capacité au patrimoine dont elle fait le sujet juridique des droits qu'il contient, quitte à l'encontre de la doctrine, à rattacher ce patrimoine capacité à un groupe de personnes réelles et non plus à une personne fictive. L'inconvénient d'un tel système a été de limiter la capacité de toute personne morale à la gestion et à la formation d'un patrimoine commun. Or M. Saleilles (1) l'a fort bien montré, dans l'association l'élément patrimonial n'est que secondaire. Le patrimoine n'est qu'un moyen accessoire : c'est le but social qui prime tout. « Et même si tout patrimoine faisait défaut, l'association n'en serait pas moins une personne juridique, au sens courant du mot, alors que les partisans de la propriété collective ne pourraient plus parler de patrimoine commun là où il n'y en a aucun ». M Saleilles cite des associations qui n'ont ni fonds commun, ni capital, ni fonds de réserve, en un mot pas de patrimoine et qui cependant sont des personnes, agissent, prennent des engagements, souscrivent des contrats collectifs : tels sont la majorité des syndicats ouvriers en France. Il n'y a pas là création de dettes

privée de tout représentant, est considérée comme une personne. Pourquoi ? *Parce qu'elle a des biens*. Rien ne peut mieux montrer à quoi se réduit la prétendue personne et que « personnalité » est ici synonyme de « propriété collective ». C'est aussi ce qui arriva pour le département qui fut considéré comme une personne, dès qu'il eut des biens distincts des biens de l'Etat et de ceux des communes » Cf. aussi n° 3019 et note 1, p. 991.

(1) Saleilles, *op. cit.* (1910), p. 421. Cf. Sur les personnes morales sans patrimoines, E. Lévy. L'exercice du Droit collectif. *Revue trim. de Dr. civil*, 1908, p. 99.

patrimoniales. Le syndicat s'engage, s'oblige à faire accepter telles conditions de travail à ses adhérents. Le patrimoine syndical ne pourra être atteint qu'indirectement si le syndicat ne tient pas son engagement, n'arrive pas à remplir son obligation (1).

Le patrimoine ne doit point se confondre avec la personnalité. Il n'est même pas exact de dire qu'une union si intime existe entre ces deux conceptions juridiques, que les qualités de l'une doivent être les qualités de l'autre. Bien plus il y a des patrimoines qui au premier abord ne parraissent liés à aucune personnalité. Telles sont les conclusions auxquelles nous sommes conduits à ce point de notre étude. Nous croyons avoir découvert, d'autre part, que le but commun est le centre autour duquel on peut grouper les différents droits faisant partie de chaque patrimoine déterminé. Nous sentons enfin qu'il n'est point possible qu'il n'y ait aucun rapport entre le patrimoine et la personnalité. Quel est exactement ce rapport? C'est la question que nous allons maintenant examiner.

(1) Pour la critique développée de la théorie purement patrimoniale de la personnalité civile dans M. Planiol, voir Saleilles, *op. cit.*, 18e et 19e leçons.

CHAPITRE III

Le patrimoine est il complètement indépendant de la personnalité ?

Il est des patrimoines qui ne se rattachent à aucune personne physique unique, à aucune personne morale. Le patrimoine n'est pas une puissance juridique Il n'est pas une capacité. Dès lors il ne se moule point sur la personnalité: Il ne lui emprunte pas ses caractères d'unité et d'inaliénabilité. Il ne vit pas comme elle. Il ne meurt pas avec elle. En résulte-t-il qu'il n'y ait aucun rapport à établir entre le patrimoine et la personnalité ? En résulte-t-il qu'un patrimoine puisse exister sans être, au moins par l'intermédiaire des droits qui le forment, en relation avec une ou plusieurs personnalités?

Pour le savoir il est nécessaire avant tout de préciser ce que nous apparaît, — après l'examen des faits et des situations pratiques dans lesquelles il joue un rôle, — le patrimoine.

Nous l'avons déjà pressenti, la conception la plus générale, celle à laquelle on peut ramener l'explication de toutes les formations juridiques qui, dans le domaine des faits, doivent être regardées et traitées comme des patrimoines, est la conception d'une masse de biens (c'est le point de vue objectif), d'un ensemble de droits (1), (c'est le point de vue subjectif) liés entre eux, interdépendants parce qu'ils ont une destination commune,

(1) Cf. Définition de Meszlény *op. cit.* : « Vesmögen ist der Inbegriff von Gütern durch die gesellschaftsordnung zugelassener Zweckbestimmung. »

connue des tiers — soit par l'effet d'une publicité de fait ou organisée par la loi, soit par l'existence de pouvoirs d'administration spéciaux.

Si le patrimoine n'exige pas, par lui-même, la présence d'une personnalité dont il ne serait qu'une faculté particulière, et si, pour lui, la question du sujet ne se pose pas, il n'en est point de même en ce qui regarde les droits qui en font partie. Ceux-ci doivent-ils nécessairement se rattacher à une personne ? Une masse de valeurs affectées à une fondation, les biens compris dans une succession bénéficiaire forment autant de patrimoines, prétendons-nous. Il s'agit de savoir si les obligations actives et passives, si les droits réels compris dans ces ensembles de droits peuvent exister, subsister sans se rattacher à un sujet. Et, si le sujet apparaît comme nécessaire, de le déterminer et d'en préciser la notion.

C'est alors seulement que nous pourrons savoir dans quelle mesure le patrimoine ensemble de droits est lié à l'existence d'un ou peut-être même de plusieurs sujets juridiques.

Il est une théorie qui prétend supprimer, comme inutile et purement métaphysique, le concept de sujet dans le droit. C'est la doctrine de M. Duguit dont nous avons déjà eu l'occasion de dire quelques mots plus haut. M. Duguit considère les deux notions de rapport de droit et de sujet de droit comme artificielles et *à priori* (1). Il croit qu'il est une infinité de situations protégées, reconnues et « devant l'être parce qu'elles sont des situations de solidarité sociale et qu'il est impossible de faire rentrer

(1) Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (1901), p. 175.

dans le vieux cadre de rapport entre deux sujets ». Très souvent en fait une situation juridique subjective créée par un acte de volonté apparaît extérieurement sous la forme d'un rapport entre deux sujets. Il n'est cependant point nécessaire pour expliquer que ces situations soient protégées de supposer l'existence de sujets. « Toutes les fois, assure M. Duguit (1), qu'un acte de volonté individuelle est déterminé par un but de solidarité sociale, il naît pour une certaine volonté le pouvoir d'assurer la réalisation de ce résultat, il naît pour une certaine autre volonté le devoir de ne rien faire s'opposant à la réalisation de ce résultat, et si cela se peut d'y travailler activement, il nait pour le gouvernement, s'il existe, le devoir d'employer la force à l'obtention du but qui a déterminé la volonté. « Où trouvons-nous ce prétendu rapport de droit ? » répète l'auteur ; « Pourquoi vouloir déterminer des sujets, termes de ce rapport lesquels n'existent pas ? » Loin de nuire à l'interpétation juridique, cette suppression de l'idée de sujet de droit facilitera la solution des problèmes les plus ardus. « Qu'on abandonne l'idée de rapport de droit, de lien de droit, qu'on considère seulement la volonté individuelle, voulant provoquer un certain agissement, assurer un certain profit à un élément quelconque, la volonté poursuivant un but de solidarité sociale et tout s'explique sans fiction, sans discussion par la simple constatation des faits. L'individu qui fait une fondation veut par hypothèse un profit collectif, il est déterminé par un but de solidarité telle qu'elle est comprise à une époque donnée, sa volonté est valable et produit une situation

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 179.

juridique. Que viennent faire ici toutes les théories de personnes interposées, de *fideicommis*, de personnalité de la fondation de patrimoine but et de patrimoine sujet ? Un individu achète et veut que le bénéfice de cet achat soit affecté au profit d'une certaine collectivité, la volonté si on la suppose déterminée par un but conforme au droit objectif produira son effet, lorsqu'il est déterminé par un but de solidarité que ce but soit d'utilité collective, ou d'utilité individuelle (1) ». En un mot, il n'y a point de sujet de droit, il y a seulement un individu, qui veut ou son propre profit, ou le profit d'un tiers ou le profit d'une collectivité. Pas plus qu'il ne faut voir dans l'obligation un rapport entre deux sujets, il ne faut voir dans la proprité un droit subjectif. Le prétendu droit de devenir propriétaire est un pouvoir objectif. Toute volonté individuelle a le pouvoir objectif d'affecter exclusivement une certaine richesse à une utilité individuelle ou à une utilité collective. « La propriété n'est pas un droit subjectif (2). » Elle est un état. Dans la propriété il n'y a « à aucun point de vue une situation subjective (3). » Il y a un fait économique, l'affectation d'une certaine richesse à une utilité quelconque, situation économique reconnue par la règle de droit en tant qu'elle entraîne un pouvoir objectif pour certaines volontés.

Qu'il s'agisse donc de droit réel ou de droit personnel il n'y aurait en aucun cas de liens d'appartenance sub-

(1) Duguit, p. 193 (*op. cit.*). Cf. p. 195.

(2) Duguit, *op, cit.*, p. 205.

(3) Duguit. *op. cit.*, p. 206. Cf. sur cette théorie la synthèse qui en a été donnée par M. Duguit dans *Le droit social et le droit individuel* (1908).

jective entre les pouvoirs juridiquement organisés que sont les droits et le ou les individus qui peuvent ou pourront exercer ces pouvoirs.

Nous ne croyons pas pouvoir accepter cette théorie de M. Duguit. L'utilité de la notion de sujet de droit nous paraît considérable. Nous ne serions disposé à nous en passer que dans le cas fort rares où ce concept ne répond point aux réalités juridiques.

Nous ferons d'abord des concessions au système de droit objectif. Nous avouerons que le droit subjectif n'est pas toujours rationnellement nécessaire. Comme l'a fort bien démontré M. Gény (1), l'école traditionnelle, par sa systématisation *a priori* a exagéré la notion de sujet de droit. Elle est partie de cette donnée simple et empruntée à l'examen des faits : tous les droits se ramènent à des avantages qui définitivement profitent à des êtres humains, aux personnes. Elle a eu le tort d'élever immédiatement cette constatation à la hauteur d'une loi scientifique rigoureusement affirmée. Tout droit implique un sujet actif, sujet qui est et ne peut être qu'une personne. Elle aurait dû se contenter de voir dans cette formule une hypothèse toujours sujette à contrôle et prête à s'adapter aux faits, s'il apparaît de l'observation de ceux-ci que son énoncé est trop général ou trop étroit. L'école a regardé la théorie du sujet du droit non point comme une construction due à l'interprète, mais comme l'expression même d'une nécessité réelle (2). Elle tient pour définitive et établie à titre de principe scientifique,

(1) Geny, *Méthode*, p. 120, n° 65

(2) Cf. sur tout ceci l'article de M. Demogue dans la *Revue trim.* de 1909, III, sur la notion du sujet de droit, cf. particulièrement pp. 630...637.

cette affirmation toute *a priori* : chaque droit implique à titre de support, sans lequel il ne saurait subsister, une personne actuellement existante Et c'est évidemment là une exagération. Des situations peuvent se présenter dans lesquelles apparaisse pour une personne non encore existante, un sérieux intérêt à trouver tout prêt un droit créé pour elle avant sa conception (cf. art. 1048-1050 et 1053 C. Civ., art. 1082 même Code ; art. 9 alinéa 3 de la loi du 24 juillet 1889 ; art. 2162 alinéa 2 du nouveau Code civil allemand). Rien n'empêcherait d'admettre en législation, avec l'ancienne jurisprudence la stipulation de droits au profit d'enfants à naître (1). En pareil cas il y a véritablement création de droits sans sujets. Et il est possible — nous retrouverons ce point — que d'autres situations juridiques s'expliquent elles aussi par l'existence de droits sans sujet.

Nous n'en maintenons pas moins le caractère subjectif comme de la nature même du droit. La présence d'un sujet dans tous les cas où elle est possible, complète les autres éléments du droit. Sans sujet actif, le droit n'est point complet. Il existe, mais il n'est pourvu que d'une vie ralentie, ce peut être un droit passé, ce peut être un droit futur, ce n'est point un droit actuel, tant qu'il n'y a point une ou plusieurs personnes capables d'en jouir ou d'en disposer.

C'est qu'en effet il s'agit avant tout de savoir si ces pouvoirs objectifs que la théorie de M. Duguit, accorde à la volonté humaine lorsqu'elle est créatrice de solida-

(1) Cf. Lambert, *Stipulation pour autrui* (1893), 2e partie, §§ 165 à 184 ; Roguin, *La règle de droit*, n° 45 ; Planiol, *Traité élémentaire*, III (4e éd. 1908), n° 2911 et 2912, p. 699.

rité sociale, correspondent « à des nécessites fonctionnelles de l'individu » (1).

Le droit a-t il sa source et sa raison d'être dans l'individu, dans l'individu pris en fonction de ses relations sociales ? Ou bien trouve-t-il sa cause et son origine hors de lui ? Tout est là. Si l'on admet que l'être humain, vivant en socité est la fin de tout droit, tout doit doit au moins par quelque côté se rattacher à un intérêt humain (2) Si l'on croit qu'un droit n'existe pleinement que lorsqu'une volonté hnmaine est là pour en assurer l'exercice, tout droit devra nécessairement être en relation avec un sujet doué de volonté. Sans doute le droit n'est pas quelque chose de matériel que l'on puisse posséder qui doive appartenir à quelqu'un. Il est bien, comme le dit M. Duguit, un rapport d'indépendance sociale. établi conformément aux exigences de la solidarité sociale, mais encore ce rapport ne peut-il s'établir qu'entre des individus qui en seront les termes, les sujets. Un droit sans sujet ce serait un rapport sans termes. A tout pouvoir objectif correspond un sujet en qui réside ce pouvoir. Il n'y a pas de « pouvoir », il y a quelqu'un qui peut. Dans les cas même que M. Duguit classe parmi les « pouvoirs objectifs », il se rencontre une « situation juridique subjective » par quelque côté, un sujet.

Resterait à examiner si ces pouvoirs de l'individu sont conçus à son profit, « à raison de ses fins individuelles autant que de ses fins sociales et par conséquent comme

(1) Saleilles, *loc. cit.* (1910), p. 380. (Brève mais très intéressante critique de la théorie de M. Duguit). Cf. également p. 545 à 558.

(2) Notons cependant que M. Demogue (article précité, p. 630), assure que « considérer que la loi ne doit protéger que des intérêts humains, c'est une pure affirmation ».

pouvoirs nécessaires à cet individu par le fait même qu'il est une force agissante, consciente et opérante, par cela seul aussi qu'il est une unité sociale, contribuant par son activité même à la vie sociale et au fonctionnement de la collectivité » (1), ou si au contraire ces pouvoirs sont conçus dans le seul profit social, à raison de la solidarité sociale telle qu'elle est comprise à un moment donné, et par conséquent comme simples fonctions dérivant uniquement de l'interdépendance sociale, variables avec les changeantes nécessités sociales, nées sous l'empire de telles convenances sociales, destinées à disparaître si un état social nouveau ne les postule plus.

C'est au fond toute la thèse du droit objectif. Ce que M. Duguit prétendait montrer, en cherchant à supprimer la notion de sujet de droit c'est qu'il ne doit point y avoir de droit comportant pour l'individu une sorte de souveraineté dans l'exercice de leur contenu, souveraineté absolue dont on ne saurait le dépouiller, mais bien que ce que l'individu regarde comme son droit n'est qu'une fonction à lui dévolue dans l'intérêt social, qu'il exercera dans les limites de cet intérêt et qui ne durera qu'autant qu'elle restera conforme à cette intérêt. Cette conception contient une grande part de vérité. Chose curieuse cette doctrine de la propriété-fonction (et dans la propriété se condensent tous les droits) avait déjà été soutenue par les théologiens (2). Si l'on veut fonder le droit de la

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 557.

(2) « Ce qu'on nomme le droit de propriété n'est en réalité qu'un droit d'usage avec le devoir naturel et imposé par Dieu d'employer les produits de la propriété conformément à sa volonté... La « répartition » ne doit jamais détourner absolument de leur but final les biens temporels qui ont pour *mission* de parer aux nécessités de l'homme.

société civile indépendamment de toute base proprement théologique ou métaphysique, la théorie de M. Duguit ne laisse pas d'être dangereuse. Car de deux choses l'une ou bien ce sera de l'Etat (1), — des plus forts dans le système de notre auteur, que dépendra la reconnaissance des nécessités sociales qui peuvent accorder ou refuser à l'individu un pouvoir fonctionnel quelconque, — ou bien l'interprétation de la solidarité sociale, de la règle de droit, sera une interprétation doctrinaire, arbitraire qui imposera ses conceptions sous prétexte de réaliser la solidarité sociale dans son harmonie successive. « D'un côté comme de l'autre, peut-on affirmer avec M. Saleilles (2), l'individu n'a plus de droits à lui, plus rien qui lui en garantisse la possession. »

Il s'ensuit que la propriété de l'homme est toujours *conditionnelle*, soumise à la propriété de Dieu et qu'il peut donc se présenter des cas où le droit de propriété doive être complètement suspendu pour ne point empêcher la réalisation du plan divin. » Ketteler (texte et étude par G. Goyau), p. 116.

(1) Cf. ce passage de M. Duguit : « ...qu'on ne nous parle pas d'un droit réel acquis à telle ou telle personne d'une manière incontestable et intangible ; il y a seulement un *état*, un pouvoir objectif *en voie de continuelle évolution comme la règle de droit* qui l'implique. Toute transformation du droit objectif réagira sur le régime de la propriété... Sans doute la situation subjective créée par un acte d'acquisition ne peut être modifié par une loi nouvelle... L'Etat touchant à la propriété par un acte individuel pourra se voir opposer le pouvoir qui appartient à une certaine volonté d'écarter les atteintes faites à son appropriation. *Mais l'Etat, faisant une loi par voie générale, formule simplement la règle de droit, constate les modifications qu'elle reçoit de l'évolution continuelle des sociétés et les modifications que subissent en même temps les pouvoirs objectifs qui émanent de cette règle ». L'Etat, le droit objectif...*, p. 211.

(2) Saleilles, *op. cit.* (1910), p. 547.

Ce nouvel aspect de la théorie de M. Duguit n'intéresse pas directement notre sujet. Peu importe ici de savoir si le droit est véritablement «subjectif » au sens de « lié par une vraie appartenance à celui qui en jouit ou qui en dispose », l'essentiel pour notre étude était de rechercher si par leur nature les droits postulent un sujet ou bien s'ils ne peuvent comprendre abstraction faite de toutes personnes auxquelles on les doivent rattacher.

C'est qu'en effet pour savoir s'il existe véritablement un rapport entre le patrimoine et la personnalité — et dans l'affirmative pour préciser ce qu'est ce rapport, — il était nécessaire, puisque le patrimoine n'est qu'un ensemble de droits, de savoir si oui ou non chaque droit exige un sujet actif qui en soit la cause et la fin. Nous croyons qu'en général l'interprète ne saurait admettre l'idée de droits privés de sujet actif, de *subjectlosen Rechte*.

Cette première affirmation ne nous suffit point. Elle ne nous permet point de connaître exactement quelle relation se trouve entre les deux idées de patrimonialité et de personnalité. Le patrimoine se compose de droits tous susceptibles d'une évaluation pécuniaire, il est de tradition de séparer ces droits en deux classes très différentes : droits réels et droits de créance. Le droit réel, dit-on, porte directement sur une chose, c'est un rapport entre la personne-sujet et cette chose (1). Tout au contraire le droit de créance porterait sur une personne, serait un lien entre deux personnes. Le droit réel exigerait pour son existence un sujet actif et un objet. Le droit

(1) Voyez par exemple la définition de M. Chauveau (traité Baudry), *Des biens*, nº 3, p. 3.

personnel supposerait à côté d'un sujet actif et d'un objet, un sujet passif (1). Suis-je propriétaire, mon droit s'exerce directement sur mon champ, je le cultive j'en fais la récolte. Suis-je créancier, je n'ai sur la chose qui m'est due aucun droit direct, je n'ai de droit que sur mon débiteur lequel est tenu envers moi de me donner telle chose, telle somme d'argent. Cette distinction impliquerait ceci de particulier : dans chacun de ces droits le sujet actif pourrait être changé (2), le droit subsisterait après ce changement. Je suis propriétaire, je vends mon champ, le droit de propriété passé à l'acheteur ; je suis créancier, je cède ma créance, le cessionnaire devient créancier à ma place. Au contraire le sujet passif — dans le droit *personnel*, le seul qui comporterait un sujet passif dans cette théorie — le sujet passif, dis-je, ne pourrait subir aucun changement, sans que l'obligation soit détruite aussitôt. L'obligation lie une personne déterminée. C'est la personnalité même de son sujet passif qui individualise l'obligation. Sans ce sujet passif il n'est point d'obligation. Ce sujet passif, ce débiteur vient-il à changer ou à disparaître, l'obligation tombe. D'autre part la présence et la nécessité même de ce sujet passif a précisément pour effet de confondre le patrimoine et la personne et de faire de l'un une dépendance et comme un prolongement de l'autre? Le droit personnel porte en pareil cas sur la personne du débiteur comme le droit réel porte sur la chose. La personnalité du débiteur est regardée comme quelque chose de matériel et

(1) Cf. également Chauveau, cité note précédente, n° 4, p. 5.

(2) *Contra* Kuntze, *Obligation und Singularsuccession*, § 19 (Leipzig, 1856).

se confond avec le patrimoine sur lequel seul portera en fin de compte l'exécution. Dès lors le patrimoine d'une personne apparaît moins comme l'ensemble de ses biens que comme la capacité d'être obligé qui lui appartient. Cette capacité ne saurait au point de vue juridique varier avec ce que nous pourrions nommer la « capacité économique » de l'individu. L'on est donc tout naturellement amené à regarder le patrimoine de l'individu, indépendamment de la valeur ou même de l'existence de biens par lui possédés, comme une faculté toujours la même une et invariable et bientôt indivisible à l'image de la personne dont elle n'est qu'un aspect. Le patrimoine ainsi envisagé ne saurait évidemment exister abstraction faite de toute personne : il est une qualité de la personne. Cela est certain. S'il n'y avait là qu'une différence de vocabulaire, qu'une divergence sur le sens à accorder au mot « patrimoine », les conséquences en seraient minimes. Il n'en est malheureusement point ainsi. L'école, après avoir fait du patrimoine un aspect de la capacité, n'en continue pas moins à nommer patrimoine l'ensemble des biens qu'en fait possède une personne, à reporter sur lui et sur tout ensemble de biens interdépendants les qualités d'inaliénabilitéd'unité et d'indivisibilité, comme la nécessité d'être relié à une personne, toutes notions qu'elle a découvertes par l'analyse du patrimoine-capacité et qui ne devraient s'appliquer qu'à lui.

Cette dualité dans la conception des droits : droit réel portant sur les choses, droit personnel lien entre deux personnes n'est que relativement exacte.

Il a été fort bien montré et depuis longtemps que le droit réel doit à certains égards être considéré comme une obligation passivement universelle, qu'il est un rap-

port juridique établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs (1). La propriété n'est point un simple rapport de fait entre une personne et une chose. Elle est encore le droit d'exiger de tout le monde le respect de cette situation. Elle est une obligation imposée à tous les autres que le titulaire de ce droit de s'abstenir de tout ce qui pourrait troubler sa possession et sa jouissance paisible. Ces sujets passifs sont aussi changeants que nombreux.

De son côté le droit personnel peut être, aujourd'hui surtout, envisagé du point de vue réel. L'on peut dire avec M. Gaudemet (2) que le droit personnel, s'il impose une obligation à une personne, est cependant avant tout un droit sur les biens, un *jus ad rem*. « La seule différence avec le droit réel est qu'il ne frappe pas privativement une chose déterminée, mais collectivement un patrimoine entier. « C'est, pourrions-nous dire, un « droit réel indéterminé » quant à l'objet matériel sur lequel il porte. C'est un droit à une valeur, abstraction faite des biens qui l'incarneront (3). De même que le droit de propriété se confond avec la chose qui en est l'objet, de même la créance ne doit plus être regardée que comme

(1) Cf. H. Michas, *Le Droit réel considéré comme obligation passivement universelle*, Paris, 1900 ; Roguin, *La règle de droit*, p. 54, n° 26, p. 77 et *passim* ; cf. également p. 256 et suiv. ; Planiol, *Traité élémentaire*, t. I (1908), p. 686, n° 2159 et 2160.

(2) E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, 1898, p. 30.

(3) Il en est ainsi alors même que l'obligation serait de livrer tel meuble spécifiquement individualisé, car, en cas d'inexécution, l'obligation, qu'elle soit de donner ou de faire, se résout en obligation de somme d'argent.

une valeur. Dès lors on s'en rend compte, la personne du débiteur comme celle du créancier importe fort peu (1). Le débiteur peut être indéterminé à un moment donné, il peut même changer, il peut disparaître complétement enfin sans que l'obligation tombe dans le néant, car l'obligation n'a point pour objet sa personne mais des biens. La dette n'est même plus garantie en aucune façon par la personne du débiteur depuis la loi du 22 juillet 1867 (abolition de la contrainte par corps). Comme le dit fort bien M. Jallu (2) l'évolution « a déplacé le centre de gravité de l'obligation, la fait passer du sujet dans l'objet ». La nécessité d'un sujet passif tenu d'une prestation positive, tandis que tous les autres ne sont tenu que d'une abstention ne fait donc pas partie intégrante du droit personnel. Ce qui est de son essence, c'est moins la présence d'un sujet passif plus particulièrement obligé, que l'indétermination de son objet, le fait qu'il porte actuellement non sur tel ou tel bien mais sur tout un patrimoine et que dans l'avenir seulement par un procédé quelconque « d'exécution » (forcée ou volontaire) il se transformera en un droit réel déterminé sur des biens alors individualisés. *Dans cette notion de l'obligation ainsi précisée, le patrimoine n'apparaît plus comme*

(1) Ainsi que le fait remarquer M. Gaudemet (*op. cit.*, p. 32), il y a cependant « des obligations contractées en considération de la personne et par conséquent intransmissibles ; on en trouve des exemples dans les théories du louage d'ouvrage (art. 1795, C. civ.) du mandat (art. 2003, al. 4) de la société (art. 1865-3°). Mais ces dispositions sont exceptionnelles. Et même, en matière de sociétés commerciales, la notion de l'action impersonnelle et transmissible s'est dégagée de la notion de l'intérêt personnel et intransmissible ».

(2) Jallu, thèse citée, p. 69.

une dépendance, une émanation de la personne seule obligée, sur laquelle porterait théoriquement le droit du créancier, *Il apparaît comme l'ensemble des biens considérés au point de vue de leur valeur pécuniaire, sur lesquels s'étendent indistinctement différentes obligations* différents droits dont les divers objets seront individualisés par des payements volontaires ou par une liquidation (1).

Si l'on adopte cette conception, il faut bien dire que *tous les droits* patrimoniaux *exigent, en règle générale, au moins un sujet actif*, le ou les sujets passifs pouvant être variables et jouant un rôle effacé.

Arrivés à ce point de notre étude nous pouvons résumer les notions qui s'en dégagent dans les quelques propositions suivantes :

Du point de vue juridique le patrimoine se présente comme un ensemble de droits ; du point de vue économique, comme un ensemble de valeurs.

Cet ensemble de droits n'est pas toujours lié à une personnalité (physique ou morale) unique ; plusieurs ensembles distincts peuvent être rattachés à une même personne (physique ou morale) ;

Cet ensemble ne saurait perdre de sa cohésion par le fait de la disparition de la personne quelconque qui en était l'attributaire ;

Par le fait même que cet ensemble se compose de droits, il doit nécessairement cependant avoir des points de contact avec les personnes. Les droits, en effet, exigent dans la plupart des hypothèses qu'il est possible d'ob-

(1) Il a été comparé par M. Jallu et par M. Cazelles à un « compte-courant » ; nous ne repousserions point cette idée.

server un sujet, ils sont conçus comme pouvoirs appartenant à un sujet.

Mais que ces droits soient réels ou personnels, les questions du ou des sujets passifs — importante au point de vue de l'explication du mécanisme juridique — ne touche point à l'existence du droit. Celui-ci doit être, — surtout si l'on s'occupe de droits susceptibles d'évaluation pécuniaire, — envisagé du côté de son objet. *Le changement des sujets passifs, et même, lorsqu'il s'agit d'une obligation portant sur une somme d'argent, la disparition du sujet passif particulier tenu d'un acte positif ne saurait amener l'anéantissement du droit.*

Il nous faut montrer que le fait, — après examen des hypothèses et des nécessités pratiques, — de ne voir dans le patrimoine qu'un ensemble de biens envisagé comme un tout en vertu de sa destination ; susceptible d'être dans sa généralité l'objet d'obligations ; subsistant, tant qu'il est nécessaire, à la disparition de la personne qui en était l'attributaire ; en un mot dissocier les deux notions de patrimoine et de personnalité, n'est point forcément admettre l'existence de droits sans sujets.

CHAPITRE IV

Les sujets juridiques des droits qui, groupés, forment des patrimoines.

Pour toute une catégorie de patrimoines, la détermination du sujet des droits qui les composent est aisée. Il en est ainsi pour les patrimoines individuels. Le sujet, ce sera précisément la personne à laquelle le patrimoine est affecté.

D'autre part, les droits dotaux appartiendront à la femme, les biens inaliénables au gratifié grevé, les valeurs composant une fondation spécialisée dans le patrimoine d'une personne physique, à cette personne même.

Observons, par contre, l'un de ces patrimoines, qui ne présentent point comme l'apanage d'une personnalité quelconque, les biens d'une société civile par exemple. Nous croyons que cet ensemble de droits est bien un patrimoine et que ce patrimoine existe en vue de sa seule destination. En résulte-t-il que les droits contenus dans ce patrimoine vont être privés de sujet? Nous refusons la personnalité morale aux sociétés commerciales par intérêt. Nous leur maintenons cependant un patrimoine distinct quoique dépendant. Est-ce là admettre des droits sans sujets? Non. Voyons ce qui s'est passé lorsque de tels patrimoines se sont formés. Les associés ont détaché de leurs biens certaines valeurs, qui étaient leur propriété. Désormais celles-ci sont séparées de leurs patrimoines propres, et dans leur réunion affectées au but poursuivi

et aux créanciers sociaux. Les associés n'ont point renoncé à leur propriété. Rien ne nous l'indique. Au contraire, ils se proposent, par ce moyen, d'en tirer ou profit ou jouissance conformément à leurs aspirations. Cependant nous voyons que chacun n'est plus propriétaire exclusif de sa part. Un associé quelconque ne saurait librement disposer de son apport, etc... (1860 C. civ.). C'est donc que le droit de propriété s'est modifié. Par l'effet du contrat de société, les sociétaires propriétaires individuels de tels et tels biens sont devenus copropriétaires de la somme des biens mis en commun et qui forment un patrimoine destiné au but social.

Les biens sociaux ne sont pas des biens sans maîtres. Ces biens sont l'objet de droits ; ces droits sont les droits de copropriété des associés.

De quelle nature ces droits de copropriété sont-ils ? Chaque sociétaire a-t-il sur les biens sociaux un droit indivis ? « Une chose appartenant à plusieurs copropriétaires est dans l'indivision lorsque *le droit de chaque propriétaire porte sur l'ensemble* (et non sur une portion déterminée) de la chose commune. La part de chacun n'est... pas une part matérielle mais une *quote-part* s'exprimant par un chiffre ; un tiers, un quart, un dixième. C'est le droit de propriété qui est partagé entre eux ; la *chose* ne l'est pas, elle est *indivise*. On doit se représenter le droit de chaque copropriétaire comme frappant chaque molécule de la chose et y rencontrant le droit de ses copropriétaires pour la quotité qui appartient à ceux-ci. » (1). Cette indivision qui est un « état essentiellement temporaire » (1),

(1) Planiol, *Traité*, t. I (édit. 1908), n. 2497, p. 806. Cf. définition de MM. Aubry et Rau, *Cours* (5e édit.), t. II, § 331, p. 578.

(1) Planiol, *loc. cit.*, n° 2498.

« un état d'attente, de tolérance, en un mot d'inaction » (1), ne répondrait guère à la situation que nous étudions. De plus, elle entraînerait une confusion complète entre la quote-part idéale possédée à titre d'indivision et le patrimoine propre de chaque sociétaire — l'indivisaire serait tenu des dettes communes, *ultra vires* même sur ses propres biens. Il en résulterait également une division entre tous les communistes des droits et des obligations qui compètent à chacun d'eux sur la chose commune, au point de vue actif comme au point de vue passif. Elle impliquerait enfin le droit pour chacun des communistes de demander le partage quand bon lui semble, et par l'effet de sa seule volonté. Tous ces effets seraient en complète contradiction avec la situation juridique des biens sociaux, du patrimoine social, telle que nous l'avons pu observer dans les faits, telle que l'ont faite les nécessités pratiques. Si les biens qui forment le patrimoine social sont l'objet de droits, si ces droits ont un sujet, si les sociétaires en sont les sujets, ces droits ne peuvent être des droits de copropriété indivise.

L'indivision est-elle donc la seule forme de copropriété? Non. Il en est une autre : la copropriété en main commune, vieille notion de notre droit (2), conception

(1) Meynial, note S. 1892. 1. 73.

(2) Cf. Masse, *Caractère juridique de la communauté entre époux*, thèse Paris, 1902, p. 440. Pour le développement de tous les points auxquels nous ne pouvons accorder ici que la brève mention que comporte notre sujet, voyez la très intéressante thèse de M. J. Ricol, *La copropriété en main commune (Gesammte Hand) et son application possible en droit français »*, Toulouse, 1907.

Cf. R. Courvoisier, De la propriété en main commune et *de ses applications dans le projet de Code civil Suisse*, thèse Lausanne 1904.

d'origine germanique, encore florissante en Allemagne ; la « Gemeinderschaft zur Gesammten Hand ». Dans la copropriété commune, le ou les biens appartiennent en entier à tous les copropriétaires ensemble sans distinction d'aucune quote-part actuelle, même idéale. Si l'on admet que les biens qui forment le patrimoine social sont la propriété (1) de tous les sociétaires sous le régime de la Gesammte Hand, il semble que l'on approche d'une explication juridique épousant toute la réalité, la serrant de fort près et qui peut être, au moins provisoirement, adoptée.

En effet le patrimoine tenu en main commune ne comportant point de quotes-parts, aucun associé, n'aura sur lui un droit privatif quelconque qui aille se confondre avec les droits faisant partie de son patrimoine personnel De plus,et toujours parce qu'il n'admet pas de quote-part, le patrimoine objet de copropriété commune ne peut obéir qu'à une impulsion unitaire et collective. Au point de vue actif la constitution d'un droit quelconque sur l'un des biens ainsi tenus exige le concours de tous les communistes ou « bien il doit être l'œuvre du représen-

(1) On sait qu'il est assez fréquent aujourd'hui de regarder quelqu'un comme propriétaire d'une créance (sorte d'objet incorporel ; valeur) plutôt que comme créancier Nous nous sommes autorisé de ce langage pour considérer indistinctement (et ce pour la clarté de l'exposition), tous les droits contenus dans le patrimoine comme des droits de propriété auxquels nous attribuons comme sujet les sociétaires en *gesammte hand*. Que si l'on veut suivre une langue juridique plus rigoureuse, il faut regarder les sociétaires comme créanciers en main commune, comme sujets actifs des droits de créance contenus dans le patrimoine ; de même qu'ils sont les sujets des droits réels, ils seront aussi sujets passifs des dettes que renferme le fonds social, mais nous verrons que ce point est de moins d'importance.

tant de la communauté s'il y en a un. Au point de vue passif le créancier n'aura qu'une seule action à intenter contre les communistes ensemble ou pratiquement contre le gérant qui les représente. Pas de division du droit de poursuite. Il est à peine besoin de faire observer que cette forme de copropriété ne tend pas nécessairement au partage.

Quels sont les patrimoines dont on peut regarder les biens comme soumis à un droit de propriété ayant pour *sujet* (1) un groupe de *personnalités physiques sous le régime de la main commune* ?

Dans cette catégorie nous pouvons ranger tous les patrimoines formés de biens momentanément séparés de différents patrimoines, dont ils ont fait ou dont ils feront partie : fonds social des sociétés civiles ou des sociétés commerciales, caisse des associations non déclarées, et, au moins en législation, patrimoine d'un défunt en cas de pluralité d'héritiers.

Il a été montré dans la première partie que la véritable solution juridique, dans l'état économique et moral actuel consisterait à maintenir comme tel le patrimoine du de cujus sans le confondre dans les patrimoines des héritiers continuateurs de la personne divisée du défunt. S'il n'y a qu'un héritier, la masse successorale serait sa propriété, *son patrimoine serait divisé en deux* : biens personnels d'un côté, succession de l'autre. En cas de pluralité, le patrimoine du défunt qui conserverait une existence désormais purement objective ne serait pas

(1) Ce sujet : « l'unité collective », n'est pas une abstraction nouvelle, mais bien les individus tous ensemble dans leur personnalité physique. Cf. Ricol, *passim*, en particulier p. 69.

cependant composé de droits sans sujets. Les biens qui en feraient partie seraient la propriété en main commune des héritiers. Sans doute certains textes du code ne permettent pas d'admettre dès aujourd'hui pleinement cette solution. Elle est si juste cependant que, ainsi que nous l'avons vu, certains auteurs classiques ont cru devoir la réintroduire, au moins jusqu'au partage, sous le nom « d'indivisibilité de la saisine » (1).

C'est par l'idée de la Gesammte Hand que l'on explique théoriquement en Allemagne les dispositions (art. 2032 et suivants du Code civil allemand) qui font de l'hérédité une masse unifiée à laquelle tous les cohéritiers succèdent ensemble, qui maintiennent le patrimoine du défunt comme tel et avec toute sa cohésion aussi longtemps que cela est nécessaire à sa liquidation (2).

Nous avons vu dans la communauté entre époux un

(1) Il est fort intéressant, à cet égard, de relever dans l'ouvrage de MM. Aubry et Rau la note 2 du § 221, p. 578 (*Cours*, T. II, 5e édit.). « La copropriété, telle que nous la définissons, est celle que d'anciens auteurs allemands qualifiaient de *condominium pro diviso, vel juris romani* (*Mitteigenthum*), par opposition au *condominium pro indiviso, vel juris germanici* (*Gesammteigenthum*), expressions dont ils se servaient pour désigner la copropriété en vertu de laquelle chacun des communistes est à considérer comme propriétaire *in solidum* de la totalité de l'objet indivis, sauf les restrictions auxquelles l'exercice de son droit se trouve virtuellement soumis par la présence et les droits de ses consorts. Voyez Hofacker, *Principia juris civilis*, II, § 909 ; Zachariæ, § 197, texte et note 3. On rencontre encore, dans la matière des successions, des vestiges de cette dernière espèce de copropriété. C'est par elle que s'explique le principe de l'indivisibilité de la saisine héréditaire (cf. § 609 ; Zachariæ, § 197, texte et note 4).

(2) Cf. Percerou, *op. cit. passim*, voyez particulièrement p. 587, note 2.

patrimoine distinct des patrimoines propres des époux. Ici encore les droits réels et de créance contenus dans le patrimoine commun auront un sujet. Ils appartiendront aux deux époux ensemble. Toutefois cette copropriété des deux époux ne saurait être regardée comme une simple indivision : c'est une copropriété commune. L'indivision (1) et même l'indivision organisée (2) ne peut rendre compte des règles qui la régissent (3).

L'explication par la copropriété en main commune seule donne une interprétation juridique comportant pour les créanciers de la communauté un droit de préférence par rapport aux créanciers personnels des époux ; règle qu'impose l'équité : les biens communs étaient pendant le mariage affectés à leur seule satisfaction, pourquoi leur gage subirait-il une diminution à la dissolution de l'union conjugale? Dans la conception du droit de copropriété en Gesammte Hand, les biens ainsi possédés ne comportant aucune quote-part, aucun communiste isolé n'a sur eux de droit actuel quelconque qui fasse partie de son patrimoine personnel ;

(1) Système de MM. Demante et Colmet de Santerré, et Planiol. Cf. Demante et Colmet de Santerre, t. VI, p. 41 et suiv. ; Planiol, t. III (édit. 1908), § 905, p. 59.

Les systèmes qui faisaient du mari le propriétaire des biens communs ont été abandonnés ; (c'était l'idée de Toullier, t XII, n° 75 et suiv. ; cf. également Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, t. IV, n° 2835). Ils étaient en contradiction flagrante avec les faits, et en particulier avec l'existence des récompenses (art. 1437 et 1492). Cf. plus haut notre ch. Ier, L. III, p. 380.

(2) Théorie de Laurent, t. XXI, n° 194 ; Baudry-Lacantinerie et Surville, *Contrat de mariage*, t, I, n° 246.

(3) Nous ne pouvons encore sur tous ces points que renvoyer à la remarquable thèse de M. Masse. Cf. aussi Ricol, p 370 et suiv.

ces biens ne peuvent donc être engagés que par tous les communistes ensemble ou par leur représentant, ici par le mari en vertu du pouvoir que la loi lui reconnait. Les créanciers personnels de la femme sont donc sans droits sur tous les biens ainsi possédés en main commune : ces biens la femme ne pouvait les engager seule, faute d'avoir sur eux un droit lui permettant de le faire.

La même interprétation subjective, — propriété appartenant à des personnes physiques sous le régime de gesammte Hand, — peut fort bien convenir aux droits compris dans le patrimoine d'une société de commmerce ou, plus précisément, d'une société de commerce par intérêt (1) ; à ceux faisant partie du patrimoine d'une société civile, ou d'une asssociation non déclarée si l'on croit que ces contrats peuvent être accompagnés de la formation d'un patrimoine distinct (2). Il est inutile de revenir une fois encore sur cette forme de copropriété et

(1) C'est l'opinion de M. Saleilles, *op. cit.* (1910), p. 393, et aussi de M. Michoud, le théoricien de la personnalité morale, *op. cit.* (1907), t. I, p. 178. Le mécanisme de ces sociétés en fonction du concept de propriété en main commune des biens sociaux par les sociétaires a été décrit par M. Ricol, thèse, cité 1907, p. 253 et suiv.

(2) Ce point dépend de l'interprétation que l'on donne à l'art. 1860 en ce qui concerne les sociétés civiles ; voir *supra*, notre ch. Ier, cf. Mongin, Etude sur la situation juridique des associations dénuées de personnalité, *Revue critique*, 1890, p. 697 et s. ; Michoud, *op. cit.*, I, p. 165.

Pour ce qui regarde les associations non déclarées, voir ch. Ier, *supra*. M. Michoud admet la possibilité de la constitution d'un patrimoine dans l'association privée de personnalité ; il pense que les biens compris dans cette masse seront la *propriété des associés* (en main commune ou tout au moins sous un régime approchant) (t. I, p. 430). La conception qui fait des biens entrant dans le patrimoine

de montrer à nouveau comment les biens qui appartiennent à tous les associés sans distinction de quotes-parts actuelles mêmes idéales ne peuvent être aliénés ou grevés de charges réelles ou personnelles que par les associés tous ensemble ou par leur représentant conformément à ses pouvoirs et comment le maintien du patrimoine formé de biens ainsi possédés, à l'affectation pour laquelle il a été créé, se trouve ainsi théoriquement expliqué.

Il est plus intéressant de se demander si cette conception des biens soumis à la propriété collective de personnes physiques ne pourrait s'adapter à d'autres situations patrimoniales. Ainsi serait immédiatement résolu pour tous ces autres ensembles le problème du sujet juridique.

Persuadés qu'attribuer les droits qui les constituent à une personne morale — simple fiction, entité de pure imagination dépourvue de toute existence vraie — ne pouvait rendre compte au point de vue théorique de l'existence d'un grand nombre de patrimoines entièrement formés de droits ainsi complètement dépourvus de sujets juridiques réels, c'est la conception qu'ont proposée — avec quelques nuances diverses — M. Planiol, M. de Vareilles-Sommières, M. Berthelemy (1).

de l'association une copropriété en *gesammte hand* est adoptée beaucoup plus nettement par MM. Hauriou, *Droit administratif*, p. 115, et Josserand, *Centenaire du Code civil* (article sur la propriété collective), I, p. 378. Cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 466.

(1) Planiol, *Traité*, t. Ier, n° 3005 et suiv.; de Vareilles-Sommières, *Des personnes morales* (1902); Berthelemy, *Droit administratif*, 4e éd., p. 32 et suiv. Nous ne revenons pas ici sur cette partie de la thèse (particulière à MM. Planiol et Berthelemy) qui ferait de la *personne morale uniquement un patrimoine collectif*. Nous en avons montré

Certes cette théorie est fort séduisante ; pour notre part, elle nous a toujours paru fort claire. Elle est, à coup sûr, en progrès sur la thèse de la fiction ; elle semble aussi supérieure aux thèses biologiques.

Il faut cependant reconnaître qu'il lui a été fait dans ces dernières années de très sérieuses objections, tant au point de vue doctrinal qu'au point de vue pratique, M. Michoud (1) et M. Saleilles (2) l'ont très vivement attaquée. Considérer les associés comme propriétaires est-ce l'expression juridique exacte de la réalité des faits ? Dans les associations à but désintéressé que l'on regarde comme des personnes morales « les clauses sont combinées de telle sorte que *jamais* l'associé ne retirera pour son propre patrimoine, un bénéfice provenant du patrimoine social. *Tout* se passe comme si l'associé n'était pas propriétaire, d'où l'on doit conclure qu'il ne l'est pas ». Reconnaissons-le en effet, si du domaine de la société on passe à celui de l'association ouverte et à but désintéressé, il est très difficile d'expliquer, comment l'associé étant copropriétaire du fonds social, cette propriété cesse lorsqu'il ne paye plus sa cotisation, lorsqu'il est exclu conformément aux statuts, comment cette propriété peut se restreindre à l'arrivée de nouveaux membres. Il

la fausseté (ch. II, p. 439, *supra*). Mais on peut voir dans les biens contenus dans le patrimoine de la personne morale une copropriété collective, sans absorber le phénomène de la personnalité morale dans la seule existence de ce patrimoine. C'est ce que fait M. de Vareilles-Sommières.

(1) Michoud, *op. cit.*, p. 64 et suiv.

(2) Saleilles, *op. cit.* 18e et 19e leçons.

(3) Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat* ; Fouillée, *La science sociale contemporaine* (L. II, ch. VI) ; Worms, *Organisme et société*, thèse Paris (1895).

faut pour faire jouer l'association en fonction de cette copropriété sous entendre une infinité de contrats tacites, de stipulations d'accroissement. C'est très artificiel.

Lorsqu'il s'agit des biens formant le patrimoine de l'Etat et des communes, la difficulté devient encore plus grande, car dans ces « associations légales » (1) non seulement les associés en nombre illimité varient tous les jours, mais encore ils n'ont même pas tous ensemble la jouissance privative des biens dont on n'en veut faire les sujet. Le droit d'user des voies publiques n'appartient pas exclusivement aux habitants de la commune dont on en veut faire les copropriétaires.

Passons au patrimoine d'une fondation (2). Quels seront les sujets individuels des droits qu'il résume? La question devient très délicate. Cette copropriété appartiendra t-elle aux membres du comité chargé d'en assurer le fonctionnement, ou aux destinataires? Ceux qui veulent voir dans tous les biens possédés par une personne morale une copropriété, attribuent à cette copropriété comme sujets, les bénéficiaires anonymes et indéterminés, de la fondation. Ainsi, font MM. Planiol et de Vareil-

(1) Expressions de M. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 486.

(2) Ce mot désigne ici un établissement, une personne morale dont le *substratum* n'est pas fourni par une association de personnes physiques; ces patrimoines auxquels le Droit français ne laisse point actuellement de place en dehors du droit public sont connus du droit allemand, institut : Antstalt; Stiftung : simple capital. En France, la Société d'Etudes législatives s'occupe actuellement encore de rechercher par quels moyens techniques et sous quelle forme ces fondations pourront être introduites législativement dans notre droit. Cf. *Bulletin de la Société*, 1906, p. 467; 1908, p. 357; 1909...

les-Sommières. C'est une opinion très difficile à soutenir. Supposons une fondation créée pour la distribution d'un prix de géographie tous les cinq ans. Dire que la propriété du capital appartiendra ou plutôt appartient actuellement à tous les étudiants qui seront ultérieurement désignés de cinq en cinq ans, c'est dire que les biens de la fondation, ne sont pas vacants, sont appropriés mais que les droits dont ils sont l'objet sont dépourvus de sujet juridique actif ; c'est faire du droit objectif, c'est, tout en s'en défendant, dire avec Brinz que là où le sujet fait défaut, la seule destination objective suffit à créer des droits méritant la protection de la loi et de la puissance publique. C'est aussi faire appel à l'intervention de l'Etat. Point de sujets actifs actuels pour faire valoir leurs droits, les défendre, c'est donc l'Etat seul, parce qu'il représente ce qu'il y a de permanent dans le pays (1), qui sera chargé de veiller à leur maintien ; il n'acceptera cette tâche que lorsqu'il lui plaira, il l'accomplira tant qu'il le voudra et l'abandonnera après, il pourra par là imposer à l'œuvre un esprit contraire aux plus formelles intentions des donateurs (2).

L'on aboutit au même résultat, justification du droit d'intervention le plus rigoureux de l'Etat, si l'on fait des *titulaires* de la fondation les sujets d'un droit de co-propriété sur les biens compris dans son patrimoine. Cette propriété fiduciaire, cette propriété accompagnée d'une

(1) Cf. Grunebaum-Ballin, *La Séparation des Eglises et de l'Etat* (1905).

(2) Remarquons avec M. Saleilles (p. 424), qu'il est des fondations qui ne s'adressent à aucun bénéficiaire individuel, même éventuel : fondation dans l'intérêt de recherches scientifiques (fondation d'un institut météorologique...).

charge, grevée d'une affectation perpétuelle dont aucun individu n'a actuellement le droit d'exiger le maintien, doit encore être placée sous la surveillance de l'Etat.

Il faut donc en prendre son parti. Si la copropriété en main commune donne une explication suffisante de l'existence de certains patrimoines, en attribuant les droits qu'ils renferment à une série de sujets physiques, elle ne saurait être généralisée et rendre compte de la situation des patrimoines d'association ou de fondation.

Il y a là toute une série de droits que nous ne pouvons attribuer ni à une personne physique ni à une série de personnes physiques. En ferons-nous pour cela des droits sans sujets ?

Une question se pose : le sujet d'un droit est-il donc nécessairement une personne, ou des personnes physiques ? Ne peut-il être autre chose? Pour le savoir il nous faut analyser très brièvement cette notion du sujet de droit que nous n'avons encore examinée qu'au point de vue de sa nécessité. Rappelons encore une fois que nous n'avons ici aucunement la prétention de reprendre l'immense problème de la personnalité morale, objet déjà d'une littérature abondante. Ce serait nous éloigner de notre sujet. Il nous faut seulement montrer qu'en faisant du patrimoine un ensemble de droits reliés entre eux par une même destination, nous n'aboutissons pas forcément à la notion de droits sans sujets.

Sur la nature du sujet de droit deux grandes théories se se sont fait jour. Pour les uns ce qui fait l'essence du sujet de droit c'est d'être une volonté ou plus précisément un pouvoir de vouloir (wollendürfen) (1). Dans les per-

(1) Cf. Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten juristi-*

sonnes juridiques il y aurait une volonté : volonté collective différente de la somme des volontés individuelles des membres dans une association, volonté cristallisée du fondateur dans la fondation. Cette théorie, on le sent, est insuffisante pour ce qui regarde la fondation : une volonté cristallisée n'est plus un pouvoir de vouloir.

Tout à l'opposé de la théorie de la volonté se trouve la théorie de l'intérêt. Faire du pouvoir de vouloir le sujet du droit, ce serait, affirme cette doctrine, refuser tout droit aux enfants, aux insensés. Les droits qu'on leur attribuent appartiendraient en réalité à leurs tuteurs. Pour Jhering (1), le véritable sujet du droit est celui qui peut prétendre non à vouloir mais à profiter. Le droit appartient au destinataire. Si l'on admet qu'à côté de l'intérêt individuel, il peut exister un intérêt collectif, en face de l'intérêt particulier, un intérêt général, ces intérêts seront des sujets juridiques (2) comme l'intérêt individuel qu'incarne chaque personnalité humaine.

M. Michoud a parfaitement montré l'inexactitude relative de l'une et l'autre doctrine. Pour lui le droit subjectif doit se définir : « *l'intérêt* d'un homme ou d'un groupe d'hommes protégé au moyen de la *puissance reconnue à une volonté* de le réprésenter et de le défendre » (3).

M. Saleilles (4), après une étude extrêmement nuancée, propose de modifier la définition donnée par M. Michoud.

chen personen ; Gierke, *Rechtsgeschichte der Deutschen Genossenchaft*.

(1) *Esprit du droit romain* (traduction Meulenære), § 65 et suiv. (t. IV).

(2) Cf. Windscheid, *Pandecten*, I, § 49, p. 266.

(3) Michoud, *op. cit.*, p. 105.

(4) Saleilles, *loc. cit.*, 22e leçon.

Il met la volonté au premier plan. Pour lui le sujet de droit a trois caractères, c'est une *institution*, un organisme doué de pouvoir, agissant dans un *but*, au moyen d'une *volonté*. Cet organisme n'est pas forcément un individu humain, il est plus et il peut être autre chose qu'une somme d'êtres humains.

Qu'on se décide pour l'une ou pour l'autre de ces théories (1), peu importe. Un patrimoine est-il formé de droits qui ne sauraient appartenir à une personne physique ou à un groupe de personnes physiques déterminées, il est cependant possible, on le voit, de rattacher ces droits à un sujet juridique.

Quand les droits constituant un patrimoine devront-ils être attribués à ce sujet purement juridique, que l'on nomme personne morale réelle. Quand devront-ils être attribués à un sujet juridique doué d'existence physique ou à une série de sujets de cette seconde catégorie? Pour les patrimoines destinés aux besoins individuels d'un homme, la question ne se pose pas. Les droits existant

(1) Un autre système dû à Bekker, Zum Lehre vom Rechtssubjekt (*Jahrbücher für die Dogmatick*, t. XII, pp. 1-135) et développé par M. Demogue (La notion du sujet de droit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, III, p. 615 et suiv.), cherche à faire à chacun des deux principes d'utilité et de volonté sa part. Il suffit pour cela de dédoubler la notion du sujet. Il y aura le sujet de jouissance (Genuss) et le sujet de disposition-jouissance (Verfügung). Dans la dernière expression de cette doctrine (que nous ne développons ni ne discutons, car elle ne touche qu'indirectement à la notion du patrimoine) au point de vue jouissance, tout peut être sujet de droit, même de simples objets matériels, à plus forte raison des personnes futures ou indéterminées. Au contraire, tout droit doit comporter un titulaire d'exercice raisonnable et actuellement vivant, parfois simple administrateur, ayant dans d'autres cas des pouvoirs plus étendus.

sur les objets que groupe cette commune affectation auront pour sujet l'être humain qui a les biens à sa disposition. Dans les autres cas le problème devient plus difficile et surtout affaire de limite (1).

Ecartons les fondations. Nous n'avons pu trouver de sujets physiques ni dans leurs administrateurs, ni dans leurs destinataires. L'on doit donc ici recourir à la personnalité morale. Quant aux associations et aux établissements publics reportons-nous aux critiques qui nous ont montré l'insuffisance de l'interprétation de leurs droits patrimoniaux par une copropriété en Gesammte Hand d'un groupe de personnes physiques. Cette idée ne nous a pas paru cadrer avec l'*organisation* de ces institutions juridiques. Nous avons cru qu'on ne pouvait accorder un droit de propriété sur le fonds social à des associés qui entrent et qui sortent librement, aux habitants d'une commune qui peuvent changer de domicile, à un groupe d'individus dont le nombre n'est pas limité.

C'est cette structure organique nouvelle elle-même qui sera le criterium. Elle engendre toujours un intérêt collectif différent de l'intérêt individuel des associés. Dans une société de commerce formée *intuitu personæ*, les membres ne peuvent pas avoir d'*intérêt social* différent de leurs intérêts individuels (2) : tout droit acquis par le patrimoine social leur profitera et profitera à eux seuls ; toute perte subie par le patrimoine social leur nuira et nuira à eux seuls.

(1) Les criteriums proposés ont été passés en revue par Laband, Beitrage zur Dogmatik des Handelsgesellschaften (dans *Zeitschrift fur das gesammte Handelsrecht*, t. XXX, p. 469 et s.). Voir là-dessus Michoud, *op. cit.*, I, p. 151 à 179 ; Saleilles, *op. cit.*, p. 437 et s.

(2) Je ne dis pas d'intérêts individuels différents de leur intérêt social.

Dans une association d'où l'on sort librement les choses se passent tout différemment, que le but proposé soit idéal ou simplement, ici encore, un gain à réaliser. En effet les membres actuels du groupe peuvent n'avoir aucun intérêt à la prospérité d'une association dont ils se proposent de ne plus faire partie au moment où son déclin se produira, d'une société anonyme dont ils ne possèderont plus d'actions quand elle périclitera. L'intérêt collectif des membres présents et futurs, en un mot l'intérêt social est quelque chose de différent de l'intérêt individuel des associés en tant qu'associés à une époque donnée. Celui-ci est passager. Celui-là est permanent. Que l'on se place au point de vue de la naissance d'un organisme nouveau avec M. Saleilles ou à celui d'un intérêt nouveau avec M. Michoud, l'idée de personnalité morale parait donc indispensable dans de semblables hypothèses. Dans les sociétés par actions, dans les associations *stricto sensu* le sujet des droits patrimoniaux est une personne morale (1).

Si nous attribuons tous les biens faisant partie d'un patrimoine à un sujet juridique, le même pour tous, à

(1) Lorsque la personnalité morale est refusée à certaines associations par le droit positif, des biens possédés en main commune par les associés pourront cependant former un patrimoine réuni dans le but social. On rentre alors forcément dans l'hypothèse précédente. Voir au surplus, ch. I de ce IIIe L., § IV, p. 410. M. Michoud pense même que ce patrimoine tenu par tous les associés ensemble pourrait coexister avec le patrimoine de la personne morale réelle quand elle est reconnue par le législateur. — Devront aussi être regardés comme la *Gemeinderschaft zur gesammten Hand* des sociétaires, les biens qui forment le patrimoine social d'une société par actions nulle, à laquelle la loi refuse la personnalité parce que les sociétaires ne se sont conformés à ses dispositions. Il y a là un *patrimoine* à liquider comme tel. C'est ce qu'a fort bien compris la jurisprudence.

quoi donc aura-t-il servi de dire: ce qui réunit certains biens et permet de les regarder comme un tout, comme un patrimoine distinct, c'est la communauté de leur affectation et non point le fait qu'ils se rattachent à un même sujet juridique à une même personnalité?

A cette objection notre réponse sera double. D'une part la conception du patrimoine ensemble de biens de destination semblable (notion que nous regardons du reste comme purement provisoire) semble mieux rendre compte de la situation des patrimoines tenus en main commune. Il n'y a pas à vrai dire en pareil cas naissanee d'un sujet nouveau, d'un sujet collectif. Si pour la détermination des différents patrimoines, on s'attachait au coté subjectif, si l'on faisait de chaque sujet distinct le centre autour duquel se formerait un patrimoine distinct, l'existence de ces ensembles de droits séparés des groupes que forment les autres droits qui ont même sujet, serait incompréhensible. Il faudrait forcément revenir au système de l'indivision.

D'autre part, lors même que tous les droits faisant partie d'un même patrimoine appartiennent à un même sujet, la réciproque n'est pas toujours vraie. Il n'est pas exact de dire que tous les droits appartenant à un même sujet juridique font nécessairement partie d'un seul et même patrimoine. Nous avons en effet montré dans notre second livre, que le patrimoine est divisible. Parmi les droits qui se rattachent à une même personne physique, à une même personne morale, représentant un même intérêt collectif et permanent quelques uns pourront être affectés à un but spécial, dans certains cas leur ensemble devra être regardé comme un patrimoine séparé et indépendant. Rappelons seulement l'hypothèse de fon-

dations diverses mises à la charge d'une même personne morale et qui, certes, rentrent toutes dans sa « spécialité » mais cependant forment autant de masses affectées à des destinations distinctes, très précises.

Personne physique unique, plusieurs personnes physiques simultanément, personne de réalité simplement juridique tels sont, suivant les cas, les différents sujets que nous avons attribués aux droits patrimoniaux. Continuons notre examen et passons au patrimoine le plus indépendant de toute personnalité à la succession vacante. Les biens qui font partie de cet ensemble sont l'objet de droits. Personne ne saurait s'en emparer, au moyen d'une simple occupation. Quels sont donc les sujets de ces droits dont les biens formant la succession vacante sont l'objet ? Par hypothèse il n'est point ici d'héritiers qui puissent posséder le patrimoine du *de cujus* en main commune et le curateur ne fait qu'administrer la succession, il n'a aucun droit personnel sur elle.

Le rappel de la mission du curateur nous donnera précisément la clef du problème. Celui-ci est chargé de liquider la succession *dans l'intérêt des créanciers*. Ce sont donc les créanciers qui ont vraiment des droits sur cette masse d'objets corporels et incorporels. En effet une succession vacante est toujours une succession grevée. L'Etat lui-même n'en veut pas prendre la charge ; il n'y a aucun émolument à en retirer. Les biens qui appartenaient au défunt sont l'objet de droits réels indéterminés — c'est nous le savons à cette idée que se ramène le droit de créance aujourd'hui qu'il porte surle patrimoine ensemble de biens et non plus sur la personne. Les créanciers doivent être considérés comme les sujets juridiques des droits

faisant partie du patrimoine de succession en cas de vacance. L'élément personnel de leurs droits disparaît à la mort du défunt. De leurs créances il ne subsiste que l'élément réel. Chacune des créances porte sur une valeur du patrimoine du *de cujus* à déterminer quant à son assise matérielle. A eux tous ils sont collectivement propriétaires de tout le patrimoine. Leurs droits se limitent les uns les autres. Pour en connaître le contenu définitif il faut liquider l'ensemble des biens sur lesquels ils portent à la fois. Point n'est besoin ici de sujet passif de ces obligations. Le curateur est un gérant nommé par le tribunal pour représenter la communauté des créanciers. Il en est de même du liquidateur d'une société dissoute.

Nous avons dit enfin que l'idée de sujet de droit, si elle devait en principe être maintenue, pouvait parfois ne pas correspondre à la réalité. Il paraît, en effet, difficile de trouver un sujet juridique aux droits compris dans un patrimoine de souscription, provenant d'une collecte, d'une quête, destiné à l'érection d'une statue, à la construction d'une église, à une œuvre quelconque qui doit l'absorber, ou encore à être distribué immédiatement entre les victimes d'une inondation, d'une catastrophe. Sans doute nous retrouvons bien ici les idées de but et de volonté susceptible d'assurer la réalisation de ce but. Mais il manque ce je ne sais quoi d'organisé, cette institution qui semble nécessaire pour réaliser un véritable sujet de droit. Ces patrimoines ont un rôle purement transitoire. Il n'y a aucune représentation d'intérêts durables ... D'autre part tant que cette personnalité morale n'aurait pas — suivant le système traditionnel — été reconnue, à qui appartiendraient les fonds? En fait

l'idée de personne morale n'a jamais été appliquée à des situations semblables...

Nous serions tenté de suivre encore ici M. Saleilles (1). L'éminent auteur pense que faire des membres du comité qui reçoit les souscriptions les copropriétaires des biens ainsi recueillis c'est leur accorder des droits purement fictifs.

Il est possible que ces patrimoines (car il y a véritablement alors patrimoine distinct et séparation de créanciers) existent en vertu de leur seule destination sans qu'il soit besoin de donner des sujets aux droits dont ils se composent.

Maintenir chaque fois qu'elle s'impose la notion de sujet ne nous empêche point de grouper les droits non point autour de leurs différents sujets mais autour de leurs destinations diverses. Le résultat de notre étude est de nous faire apparaître le patrimoine comme un ensemble de biens dont l'affectation commune, imposée par la loi ou par la volonté humaine, fait un tout cohérent et plus ou moins autonome vis-à-vis d'autres masses dont la destination n'est point la même. Cette communauté d'affectation rend les biens qui composent un même patri-

(1) Cf. Saleilles, *La personnalité juridique*, 1910, p. 477, texte et note 1, avec renvois aux *Pandectistes allemands*. — Cette question, notons le, ne se confond pas du tout avec celle de savoir qui sera propriétaire de l'église élevée par souscription et qui pourra la revendiquer lorsqu'elle aura été mise sous séquestre par application de l'article 9 (complété) de la loi du 9 décembre 1905. L'édifice construit a pu être donné à une fabrique, etc... Voir sur ce point A. Rivet, *Liquidation du patrimoine ecclésiastique* : Commentaire théorique et pratique de la loi du 13 avril 1908 (1910).

moine interdépendants : les dettes sont la contre-partie des biens actifs et n'en peuvent être séparé, même lorsque le patrimoine ou une fraction de celui-ci passe à un autre titulaire ou à une autre destination. Ces masses unifiées peuvent cependant se diviser en plusieurs ensembles plus petits correspondant à des buts nouveaux que spécialise généralement un intérêt extérieur pour partie à celui qui réunit le patrimoine entier.

Au lieu de développer la théorie du patrimoine émanation de la personnalité, inséparable d'elle, inaliénable et indivisible comme elle, il suffirait dans les traités de droit civil, avant d'aborder l'étude des biens de faire observer que ceux-ci se trouvent généralement groupés par leur destination, et que toutes les valeurs faisant partie d'un même ensemble sont intimement liées et réagissent les unes sur les autres.

CONCLUSION

Critique théorique de la méthode classique. — Quelles sont les fautes de logique qui l'ont amenée à des résultats erronés ? — Le rôle des constructions juridiques et la notion du patrimoine.

Critiquer du point de vue de ses effets pratiques la notion du patrimoine nous a mené — le contraire eut été impossible — à dire en passant quelques mots des procédés de raisonnement qui ont donné naissance à cette notion. Il est nécessaire ici — au risque de nous répéter — de synthétiser rapidement les vices de la construction. Aussi bien nous est-il permis, à la fin de cette étude, de les mieux comprendre et d'en donner une vue d'ensemble. Nous serons brefs.

Emploi de postulats. — L'erreur qui est la base de tout l'édifice, le lecteur l'a senti maintes fois, c'est le lien étroit établi entre le patrimoine et la personnalité. Or, il y a là tout simplement l'énoncé d'un principe dont l'exactitude ne trouve sa preuve ni dans l'observation des faits, ni même dans le raisonnement et dont la vérité n'apparaît cependant point comme évidente. Nous avons eu déjà l'occasion de le dire, cette idée « *a priori* est purement conceptuelle » (1) : le patrimoine est une émanation de la personnalité, n'est que l'expression d'un postulat,

(1) V. Gény, *op.* et *loc. cit.*

c'est-à-dire d'un principe admis comme vrai sans démonstration.

L'abus des postulats n'est-il pas précisément un défaut capital de la méthode traditionnelle d'interprétation ? Ne le trouve-t-on pas à chaque instant dans les traités juridiques : Ceci est parce qu'il en est ainsi parait-on dire à chaque pas. Il semblerait qu'il y ait autant de dogmes à admettre... N'est-ce pas de cette façon que l'on énonce à titre de vérités élémentaires quantités de brocards français ou latins. Ceux-ci se répètent sans que l'on prenne jamais la peine d'en examiner la valeur. Tout droit est nécessairement droit réel ou droit de créance ; toute nullité doit rentrer dans l'un des types *a priori* déterminés : nullité absolue ou nullité relative (1). La personne morale doit être assimilée à la personne physique dans l'exercice de tous les droits dont à raison de sa nature elle est susceptible de jouir... (2) autant de postulats dont l'admission immédiate et sans discussion est présentée comme la condition nécessaire du développement de chapitres entiers du droit... Citons encore dans un ordre d'idée voisin le fameux adage : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, axiome dit-on, mais en tout cas, règle qui n'est écrite nulle part dans la loi, et qui ne devrait dès lors s'imposer à l'interprète qu'*a posteriori* lorsqu'elle permet d'arriver à un juste départ entre les intérêts légitimes en présence. Le droit, en effet, est une science ou

(1) Voir la critique de la doctrine sur ce point dans la très savante thèse de M. Japiot, *Des nullités en matière d'acte juridique*, thèse Dijon (1909).

(2) Cf. sur la conséquence de ce principe en ce qui regarde les substitutions ; arrêts de la Cour de Paris du 2 juin 1893 (D. 93. 2. 513) et Requêtes, 12 février 1896 (D. 96. 1. 545).

tout au moins un art scientifique qui touche à la vie : c'est dans la psychologie, dans la morale, dans la sociologie qu'il doit chercher la solution des conflits d'intérêts qu'il a pour but de régler, les moyens techniques de les départager. L'histoire lui sera aussi d'un grand secours. De quelle utilité peuvent être, au contraire, ces énoncés de théorèmes, au reste indémontrables, ces propositions dogmatiques et rigides dont la définition du patrimoine offre un suggestif exemple ?...

Usage de définitions mathématiques. — Pareille méthode est, de plus, fort dangereuse. Les définitions ainsi présentées sont des définitions mathématiques. C'est dire qu'elles ont des caractères propres qui les distinguent radicalement des définitions empiriques (1). Elles ne procèdent pas par *description*, mais par *génération*. Elles ne sont point de simples résumés mais des principes de connaissance. Elle ne font en somme qu'exprimer une construction purement idéale, elles sont par conséquent du premier coup définitives et immuables. Elles renferment en elles-mêmes toutes les qualités de l'objet abstrait ainsi défini. Il suffit pour faire apparaître ces qualités d'employer l'analyse ou la synthèse. Les démonstrations qui les suivent ne sont, en effet, que des syllogismes nécessaires. C'est de la définition même du triangle ou du cercle que le géomètre tire toutes leurs propriétés. Celles-ci sont implicitement contenues dans la définition elle-même.

Semblables définitions ne doivent être employées qu'avec prudence. Si, en effet, le droit a une existence purement conceptuelle et idéale, s'il n'a pas d'existence

(1) Cf. Liard, *Les définitions géométriques et empiriques.*

matérielle comme le carbone ou la dicotylédonée, il n'en est pas moins vrai qu'il se forme empiriquement et antérieurement à toute opération réfléchie de l'esprit préoccupé de constructions scientifiques. Il n'est pas une pure création mentale comme la ligne ou le point. Dès lors il existe objectivement Il ne doit donc point être construit *a priori* par le juriste. Ses définitions doivent être extraites *a posteriori* sinon des choses mêmes, comme dans les sciences naturelles, au moins des idées régnantes, des relations idéales que présentent la vie juridique, en un mot elles doivent être des définitions empiriques. Les définitions données par un juriste qui se propose d'étudier une législation déterminée, législation ayant une réalité, au moins une réalité sociale, indépendamment de l'idée qu'il s'en fait, seront donc des définitions empiriques, ni complètes ni parfaites du premier coup. Des additions ou des soustractions successives perfectionneront celles-ci sans jamais peut-être les rendre adéquates aux objets définis. Elles seront provisoires et indéfiniment perfectibles. Simples résumés d'observations ces définitions seront de plus stériles, toute connaissance nouvelle devant être cherchée dans les objets observés eux-mêmes.

Or, c'est bien d'une définition géométrique qu'ont entendu se servir MM. Aubry et Rau. Ils ont cru que de la définition du patrimoine il était possible de déduire quelque chose de nouveau.

L'emploi d'une telle méthode est particulièrement sensible dans leur troisième édition (1).

(1) Cf. Aubry et Rau, 3e éd. (1857), t. V, § 573.

« Le patrimoine d'une personne, disent-ils, est l'universalité « juridique de ses droits réels et de ses droits personnels propre- « ments dits (*jura obligationum*) en tant qu'on envisage les « objets sur lesquels ils portent sous le rapport de leur valeur « pécuniaire, c'est-à-dire comme des biens.

« *Cette définition renferme implicitement les propositions suivantes :*

« 1° Le patrimoine d'une personne comprend tous ses biens « sans distinction et même ses biens innés. *Il résulte de là « que*, etc..... (*déduction nouvelle tirée de la proposition contenue dans la définition*).

« 2° Le patrimoine n'est pas un objet extérieur mais une pure « abstraction. C'est la personnalité même de l'homme mise en « rapport avec les différents objets de ses droits, il forme *donc* « un tout juridique, une universalité de droit.

« 3° .....

« 4° .....

« 5° .....

Qu'arrive-t-il en vérité ? MM. Aubry et Rau ont voulu se servir d'un outil mal adapté à la réalisation du but qu'ils se proposaient. Ils ne l'ont employé qu'en apparence. Si on y regarde de près, on s'aperçoit qu'ils n'en ont fait aucun usage réel. Comment en effet soutenir sérieusement que la déduction n° 1 par exemple soit contenue dans la définition. En quoi l'idée « d'universalité juridique des droits réels et des droits personnels » implique-t-elle que « le patrimoine comprend tous les biens sans distinction, tous les biens même les biens innés ». On aura beau relire la définition on n'arrivera jamais à s'expliquer comment elle « renferme implicitement » la proposition n° 2 : le patrimoine « c'est la personnalité mise en rapport avec les différents objets de ces droits ! »

Nous ne reprocherons donc pas seulement à la méthode classique de faire un emploi déplacé de la définition mathématique, nous lui reprocherons encore d'en faire un emploi erroné et purement apparent.

Dans leur 4e édition MM. Aubry et Rau se rendent compte de ce que les propositions qu'ils émettent ne se peuvent en rien tirer de leur définition. Ils suppriment la phrase soulignée. Ils la remplacent par un alinéa nouveau, dans lequel ils indiquent nettement le postulat qui, en secret, avait été le centre de la construction. La façon dont ils le formulent appelle de nouvelles réflexions.

« L'idée du patrimoine, disent-ils, *se déduit* directement de celle de la personnalité. »

Rôle de la déduction. — Se déduit ! Ici encore, et sans aller plus loin, il faut examiuer quel peut être le rôle de la déduction dans la méthode juridique. La déduction nous semble-t-il « a — pour employer les expressions de M. Gény (1) — son application légitime et nécessaire, dans l'interprétation juridique, toutes les fois qu'il s'agit de *dégager le contenu* d'une volonté qui s'impose : volonté légale ou volonté particulière consacrée par le droit positif. » Il est alors posssible — et c'est tout le procédé syllogistique — de faire sortir d'une proposition générale — volonté exprimée — les propositions particulières qu'elle renferme.

De même, et toujours selon l'auteur de la Méthode d'interprétation la déduction « aura encore sa place nécessaire quand un principe d'équité étant reconnu

(1) Gény, *op. cit.*, p. 464, nº 158 ; p. 114, nº 61. C'est nous qui soulignons.

comme s'imposant dans l'ordre positif (par exemple : chacun est responsable de sa faute...) il y a lieu d'en déterminer la portée, en épuisant son *contenu* pour l'appliquer à toutes les hypothèses qu'il doit régir ».

Enfin, nous n'hésiterons pas à dire que dans l'étude d'une législation donnée la méthode déductive peut servir de *contre épreuve à la méthode inductive*. Elle peut servir à faire apparaître tout ce que les principes obtenus par induction contiennent et en soumettant ces conséquences à de nouvelles observations à en vérifier la valeur.

Déduire une *notion* d'une *notion* nous paraît au contraire quelque chose de complètement inintelligible. Et c'est parce que précisément il y avait là une opération impossible, que MM. Aubry et Rau ne l'ont point faite du tout. Ainsi que l'a dit M. Jallu ils ont beaucoup plutôt remplacé une notion par une autre. Mettant la notion de personnalité à la place de celle de patrimoine ils ont été amenés à attribuer à celle-ci les qualités qu'ils reconnaissaient à celle-là. Nous arrivons ainsi à l'abstraction.

L'abstraction et les constructions juridiques. — Abstraire c'est dans un objet donné — en l'espèce un ensemble de biens déterminé — isoler une qualité — ici la qualité d'appartenir à une personne — de toutes les autres et de l'objet même qui la possède. Une remarque s'impose immédiatement, l'abstraction consiste précisément dans l'omission, dans l'exclusion de toutes les qualités autres que celle qu'on abstrait. Les représentations abstraites sont donc, et l'abstracteur ne doit pas l'oublier, des ima-

(1) Jallu, thèse citée, p. 87.

ges incomplètes, des représentations mutilées de la réalité.

Dans toutes les sciences l'abstraction rend de signalés services. Elle permet à l'esprit de simplifier pour mieux comprendre ou pour raisonner plus aisément. L'intelligence emprunte aux choses des éléments qu'elle transforme par une série de jugements et de raisonnements, sur lesquels elle travaille. Puis elle essaie, revenant aux faits, de les éclairer des résultats de cette élaboration mentale. Ainsi pour connaître les lois de la chute des corps, on considérera ceux-ci au seul point de vue de leur pesanteur, négligeant leur grandeur, leur composition et jusqu'à la nature du milieu. MM. Aubry et Rau ne font pas autre chose lorsqu'ils envisage le patrimoine sous le seul aspect de la personnalité. Seulement ce que les physiciens savent bien c'est que, lorsqu'on voudra reporter aux faits les résultats des calculs, on devra tenir compte des éléments négligés, forme de l'objet envisagé : résistance de l'air, etc Au contraire la méthode traditionnelle d'interprétation a le tort de tenir pour l'expression d'une vérité rigoureuse et pour l'exacte représentation des faits ce qui n'est qu'une construction abstraite nécessairement subjective. Elle n'opère pas la réadaptation des notions abstraites aux données objectives. Elle se laisse tromper par l'abstraction. Elle a le tort de réaliser de purs concepts.

MM. Aubry et Rau, pour construire leur théorie du patrimoine empruntent « à la réalité un élément tout à fait simple ». « Assurément, ainsi que le dit M. Gény (1) il est naturel de se représenter l'ensemble des droits et

(1) Gény, *Méthode*, p. 127.

des obligations d'une personne comme formant un tout complexe indépendamment des objets particuliers qui le composent, et soumis à un régime homogène répondant à l'idée d'universalité juridique ». Il y a déjà là une certaine abstraction, une idéalisation. On arrive par ce travail de l'esprit à une « notion élémentaire du patrimoine, qui permet d'expliquer au point de vue de la technique juridique et le droit général en vertu duquel les créanciers peuvent saisir un bien quelconque de leur débiteur (art. 2092, 2093 Code civil) et la transmission universelle après décès, comprenant avec les biens du défunt toutes les charges de sa fortune ».

Malheureusement les interprètes ne s'en tiennent pas à ce résultat. Ils ne voient pas dans l'abstraction seulement un moyen technique, une simplification consciente de faits complexes, utile par ce que éliminant des phénomènes les éléments par lesquels ils diffèrent, elle crée des idées nouvelles dont l'emploi est commode sur le terrain scientifique ; parce que négligeant la nature et la variété des objets composant les patrimoines des différentes personnes, elle ne les considère qu'en tant que formant un tout : le patrimoine objet idéal nouveau, concept dont l'emploi pourra être commode dans l'élaboration des règles juridiques. Les jurisconsultes veulent exiger davantage de l'abstraction. Alors que par elle ils s'éloignent des réalités c'est à elle qu'ils demandent de les éclairer sur la véritable nature des choses. Afin de trouver les qualités communes aux différentes masses de biens qu'ils abstraient sous le nom de patrimoine, alors qu'ils ont en vue non plus de découvrir un instrument technique mais des principes touchant au fond du droit, alors qu'il faudrait recourir à l'observation afin de savoir s'il n'est pas

un élément de cohésion plus général à coté duquel le fait de ressortir à une même personne n'apparaît plus que comme un cas particulier et qui explique le même rôle et les mêmes caractères communs dans d'autres masses de biens que celles primitivement observées, ils emploient à nouveau l'abstraction.

Dans les ensembles de droit qu'il est avantageux de considérer au point de vue juridique comme des unités, ils abstraient arbitrairement et sans se préoccuper de savoir si elle est essentielle, une première qualité : celle d'être liées à une personne. C'est sur cette idée abstraite qu'ils vont se livrer à un travail mental. Après avoir, ainsi que nous l'avons expliqué, demandé l'adhésion, comme à un postulat, à la nécessité non démontrée du lien intime dont ils font leur point de départ, ils vont soumettre cette notion à une analyse toute rationnelle. Dès lors ils effacent du concept de patrimoine ce qui était emprunté aux réalités elles-mêmes : l'ensemble de biens et arrivent ainsi, par cette abstraction au second degré, à le rapprocher jusqu'à le confondre avec lui, d'un autre concept, le conceptde personnalité. « La conception subjective essayant de s'élever plus haut recherche dans l'essence de la personnalité même les éléments du patrimoine. »

Supposons que réellement il y ait un lien nécessaire entre la notion d'ensemble unifié et celle de personnalité maîtresse de cette ensemble, nous croyons que, même en pareille hypothèse, le procédé d'investigation serait mauvais. Il ne serait pas davantage permis de faire abstraction du point de départ, des biens, de confondre deux idées et de donner à l'une les qualités de l'autre. Tout patrimoine devrait-il être sous la dépendance d'une personne, il n'en résulterait nullement que le patrimoine

soit comme la personne indivisible, comme elle, inaliénable !...

Empruntons quelques mots à la critique de M. Jallu (1) : « A ceux qui demandent ce que c'est que l'universalité, l'on affirme qu'elle se confond avec la personne. C'est une regression au mystère et pas une réponse ; ou bien il faudrait se prononcer sur l'admission des dogmes dans l'interprétation juridique. La personne est titulaire du patrimoine. Elle est donc titulaire d'elle-même ; et c'est elle-même qui s'appartient ?... Si un droit a deux termes, comme un bâton a deux bouts, le sujet et l'objet, l'ensemble des biens d'une personne c'est-à-dire tous les objets de ses droits ne se confondra jamais avec elle. Un bout n'est pas l'autre bout à moins qu'on ne supprime le bâton. Cela serait aussi vrai en admettant qu'on dise que l'universalité est l'ensemble des droits d'une personne c'est-à-dire un ensemble de relations... il faudrait aussi bien pour que ces relations s'absorbent dans la personne, que leur second terme disparut ; et alors que resterait il de la relation ? »

Il y a mieux encore. La base de tout l'édifice repose sur le vide. Le rapport établi entre le patrimoine et la personnalité n'a aucun fondement rationnel. Et si, d'autre part, on recherche les résultats désirables que la technique juridique doit permettre d'obtenir on voit que le concept de patrimoine peut et doit être employé utilement alors même que la présence d'une personne quelconque ne servirait point d'élément de cohésion à l'ensemble de biens que l'esprit devra considérer comme une unité dans les relations juridiques, comme un tout dont

(1) Jallu, thèse précitée, p. 90.

les parties sont intimement liées les unes aux autres et interdépendantes ! !

Et cependant chacun des nouveaux principes indivisibilité, inaliénabilité, personnalité va être fécond à l'infini. Comme nous l'avons montré à chaque pas au cours de cette étude, chacune de ces nouvelles propositions va engendrer une série de règles rigoureusement déduites, dont la rigueur tranchera à l'avance nombre de problèmes de droit. Bien plus, les vérités ainsi dégagées prétendent se placer sur le terrain du droit absolu, au dessus des législations positives. Aspirant à se confondre avec les principes éternels et universels de la justice elles prétendent stigmatiser les solutions légales. Sous couleur d'indiquer les nécessités rationnelles et immuables contre lesquelles on peut aller, les règles qu'on ne peut trangresser sans atteindre le Droit lui-même, elles arrêtent le développement de l'interprétation progressive, égarent la doctrine dans des recherches vaines, immobilisent la jurisprudence inconsciemment victime des conceptions régnantes et de leur stagnation, et croient, usurpant nettement la place des idées de justice, paralyser à l'occassion l'action du législateur lui-même.

Ainsi une première généralisation hâtive est la source de déductions toujours plus nombreuses qui s'arradient indéfiniment au travers d'une multitude de questions juridiques d'un caractère essentiellement pratique. On peut véritablement dire qu'elle est la base d'un édifice, d'une construction juridique.

Au sujet du juriste nous repéterons ce qui a été écrit à propos du physicien : « La géométrie ne doit être pour le physicien qu'un puissant auxiliaire : quand elle a

poussé les principes à leurs dernières conséquences il lui est impossible de faire davantage, et l'*incertitude du point de départ ne peut que s'accroître par l'aveugle logique de l'analyse si l'expérience ne vient à chaque pas servir de boussole et de règle* » (1). Les conceptions purement théoriques ont en effet un rôle à jouer dans la découverte du droit. C'est l'abus que l'on en fait qui est seul critiquable. Et suivant les cas nous serions tenté de leur trouver une des trois utilités suivantes.

D'abord, et nous avons déjà touché ce point, elles nous apparaissent comme sources de nécessaires simplifications des réalités. Elles en négligent les caractères secondaires ou contingents et mettent ainsi de l'unité dans les phénomènes complexes. La variété des personnes humaines, de leurs intelligences, de leurs volontés, de leurs responsabilités sera remplacée par un concept purement juridique : la personnalité toujours la même pour les individus capables. Les ensembles de biens les plus différents, pourvu que les biens soient véritablement groupés, seront l'objet de règles communes, etc... C'est en travaillant sur ces données abstraites que dans chaque espèce, le juriste élaborera la solution qu'il réadaptera ensuite aux faits, à la personne, aux biens en cause.

Groupées en construction les conceptions théoriques rendent d'autres services. Au point didactique, elles permettent de condenser un certain nombre de règles juridiques. Au point de vue fonctionnel elles offrent des

(1) J. Bertrand, Eloge de Sénarmont, discours prononcé à la 6e séance publique et annuelle de la Société de secours des Amis des Sciences, cité par Claude Bernard, *Introduction à la médecine expérimentale.*

moyens techniques d'accorder satisfaction au progrès du droit. Fécondées par l'analyse et la déduction, elles sont le point de départ de développements qui donnent aux principes admis un rayonnement toujours nouveau. Tenues pour nécessaires, elles apportent une garantie, une protection aux intérêts légitimes, qu'en tant que procédé technique, elles s'efforcent de satisfaire. Ainsi la conception de l'individu sujet de droits imprescriptibles et inaliénables fondés sur sa nature et déduits de sa personnalité abstraite et le caractère absolu qui lui a été attribué ont pu servir en tant qu'*idées forces* (1) au développement de la législation individualiste et au respect superstitueux que certains conservent à son endroit. La déclaration des droits de l'homme ne répondait pas à un autre but : donner par une proclamation solennelle plus d'autorité à une construction juridique. Les gouvernants en la reconnaissant pour l'expression exacte des faits seraient obligés d'accorder et de maintenir à jamais tous les droits dont elle plaçait le fondement au dessus d'eux (2)-(3).

(1) L'expression d'idée-force est due à M. Fouillée : *Psychologie des idées-forces.*

(2) Cf. Demogue, La notion de sujet de droit, *Rev. trim.* 1909, III, *passim.*

(3) On peu même se demander — et nous devons cette idée à notre Président de thèse, M. le professeur E Gaudemet — si, dans son exagération au moins (car elle a son origine traditionnelle dans la personnalité de l'obligation...) la doctrine du patrimoine, attribut de la personnalité, n'emprunta rien à la philosophie régnante. Ne date-t-elle pas de l'époque à laquelle on faisait reposer la propriété sur le travail du propriétaire, travail qui a en quelque sorte pour effet de prolonger la personnalité du travailleur? Rappelons-nous ces mots de V. Cousin (*Le vrai, le beau et le bien,* XVe liv). : « Je dois respect à *vos biens*, car

Enfin si l'on veut voir dans les constructions théoriques plus que des moyens techniques de condenser et de développer certaines règles juridiques, si l'on croit pouvoir atteindre par elles l'expression de réalités, il faut avoir grand soin de ne les jamais considérer comme définitives. Elles ne doivent être que des approximations toujours perfectionnables, en un mot des *hypothèses* soumises au contrôle des faits, prêtes à s'effacer quand elles ne cadrent plus avec les solutions qu'impose la réalisation des besoins sociaux.

Encore faut-il pour qu'elles puissent remplir cette triple utilité (moyen d'investigation, procédé technique, hypothèse scientifique) que la construction repose véritablement sur une réalité sociale. C'est cette base que, pour reconstruire la théorie du patrimoine nous avons cherchée dans la destination même des choses, destination capable, en modifiant le caractère profond de séries entières de droit, de créer autant d'ensembles distincts.

ils sont le fruit de votre travail, je dois respect à votre travail qui est votre *liberté* même en exercice. » Et ailleurs : « La force *libre qui constitue l'homme* lui est respectable à lui-même. » (V. Cousin, *Justice et Charité*). « Le principe du droit de propriété est en nous ; il n'est point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive, il est dans la constitution même de notre être et dans les différentes relations avec les objets qui nous entourent », avait dit naguère, au corps législatif de 1803, Tronchet, unissant plus étroitement encore le possesseur et les objets possédés. Quoi d'étonnant dès lors que l'on ait attribué à l'ensemble des biens appropriés par une personnalité les qualités mêmes de cette personnalité, que l'on ait vu dans de tels ensembles le type unique du groupe de bien cohérent et dans la personnalite le seul élément d'unité possible ?

Telles sont, croyons-nous, les leçons diverses qu'offre la critique de la notion classique du patrimoine, conception abstraite due aux plus éminents jurisconsultes de l'Ecole.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Dijon,
E. BAILLY.

Vu :
E. GAUDEMET.

Vu et permis d'imprimer :
Pour le Recteur :
Le Doyen délégué,
E. BATAILLON.

BIBLIOGRAPHIE [1]

Birkmeyer. – *Uber das Vermögen im juristischen Sinne.* Erlangen, 1879. — Comptes rendus de Pernice (*Kritische Viertelj*, 1880, p. 232 et suiv.); Mandry, *Archiv fur die civilis Praxis*, 1879, t. LXII, p, 33-363; Hölder (*Zeitschrift fur Gesammte Handelsrecht*, 1879); Windscheid, *Pandecten*, I, § 42.

Vacher-Lapouge. — *Du patrimoine*, thèse Poitiers, 1879.

Birkmeyer. — *Encyclopädie der Rechtswissenchaft.* Berlin, 1901, § 75, pp. 416-417.

O. Jallu. — *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne.* Thèse Paris, 1902, pp. 85 et suiv.

Plastara. — *La notion juridique du patrimoine.* Thèse Paris, 1903.

(1) Nous ne donnons ici que la *Bibliographie de la notion de patrimoine* et non point la liste des ouvrages consultés. La théorie du patrimoine touche à tant de conceptions doctrinales, à tant de problèmes pratiques, qu'il faut nécessairement s'en tenir aux ouvrages qui l'étudient pour elle-même, aux *monographies*. Les titres des œuvres ayant trait aux idées de personnalité ou d'universalité empliraient à eux seuls plusieurs pages et encore la nomenclature serait-elle incomplète... La moindre des questions que nous avons du toucher, ne fût-ce qu'en passant (ainsi la nature des fonds de commerce..... du fonds social dans une société par intérêt, etc...) est l'objet d'une littérature abondante.

KOHLER. *Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit*. Archiv. fur das bürgerliche Recht, B^d^ XXII.

CAZELLES. — *De l'idée de continuation de la personne*. Thèse Paris, 1905, pp. 366 et suiv.

MESLÉNY. *Das Vermügen im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich und im Sweizerischen Zivilgesetzbuch. Skizze einer neuen Vermögenslehre*. Ahandlungen zum Sweizerischen Recht Heft 29 (1908).

BRINZ. — *Lehrbuch der Pandecten*, *passim* et particulièrement I^er^ vol., 1^re^ livraison, § 59-64 (pp. 222 et suiv.), et III^e^ vol., 1^re^ livraison, § 432-454 (pp. 453 et suiv.).

BEKKER. — Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und actiengesellshaften. *Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht*, t. IV (1861).

— Zur Lehre von Rechtssubjekt *Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen römischen und deutschen privatrechts*, XII B^d^ (1873).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Pages.

La notion du patrimoine d'après les résultats de la méthode classique d'interprétation 1

ESQUISSE HISTORIQUE

I. — **Droit Romain.**

§ 1. — Patrimoine de la tribu. — Patrimoine individuel. — Patrimoine familial. 38

§ 2. — Un patrimoine n'est à l'origine qu'un ensemble de biens « corporels » 40

§ 3. — Naissance de la notion de « biens incorporels » patrimoniaux. — La succession aux dettes « ultra vires ». — L'exécution des obligations du vivant du débiteur sur la valeur active de son patrimoine. Le droit romain évolue vers la notion de la dette valeur passive du patrimoine, de la créance valeur active du patrimoine 50

§ 4. — Divisibilité du patrimoine. — Le pécule. — Le pécule est un patrimoine détaché. — Pécule formé d'éléments empruntés à différents patrimoines. — La dot. . . . 60

§ 5. — Recherche sur la transmissibilité entre vifs du patrimoine. 68

§ 6. — L'hérédité jacente. 70

§ 7. — Patrimoines affectés à des intérêts généraux. — Propriété collective et personnalité morale. 75

II. — **Ancien Droit.**

§ 1. — Patrimoine familial, patrimoine individuel 81

§ 2. — L'obligation. — Lien personnel. — Valeur patrimoniale, Evolution vers une patrimonialisation toujours plus complète. 82

§ 4. — Aliénation du patrimoine entre vifs. 84

§ 5. — Conception du patrimoine individuel à la fin ne notre notre ancien droit. — Divisibilité. 90

§ 6. — Patrimoines spécialisés. Substitutions 95

§ 7. — Communautés, Sociétés commerciales. 97

§ 8. — Patrimoine des personnes morales 107

CRITIQUE DE LA NOTION CLASSIQUE DU PATRIMOINE

Préliminaires. 115

Livre I.

Critique de l'idée d'inaliénabilité du patrimoine. 123

Première Partie.

De l'idée d'inaliénabilité du patrimoine entre vifs. 142

Deuxième Partie.

La transmission du patrimoine comme tel à cause de mort n'est-elle explicable que par l'idée de continuation par l'héritier de la personne du de cujus. — *Valeur de cette idée logiquement liée à la notion classique du patrimoine.*

Chapitre premier. — L'idée de la continuation de la personne — déduction logique de la doctrine classique du patrimoine — n'a pas l'utilité qui appartiendrait à un principe absolu, nécessaire, supérieur à toute législation 153

Chapitre II. — Domaine du principe de continuation de la personne dans les textes du Code. — Critique des solutions formellement consacrées par la loi. — L'adoption par le droit positif de quelques-unes des conséquences de l'idée de continuation de la personne oblige-t-elle l'interprète à prendre ce principe comme base de ses recherches ? 166

Chapitre III. — La portée exagérée que tend logiquement à accorder au principe de la continuation de la personne, la théorie classique du patrimoine sera souvent un obstacle pour l'interprétation progressive du droit positif 186

Chapitre IV. — L'idée de la continuation de la personne et les législations étrangères. — Conclusion de cette seconde partie en ce qui regarde la notion du patrimoine 229

Livre II.

Critique de l'indivisibilité du patrimoine 000

Chapitre premier. — Divisions du patrimoine admises par MM. Aubry et Rau 241

Chapitre II. — Patrimoine à liquider 265

Chapitre III. — Patrimoines à conserver. — Inaliénabilité, *Dot*, *Homestead* 273

Chapitre IV. — Patrimoines à administrer. — *Pécule de la ferme ouvrière*, *fortune navale*. 295

Chapitre V. — Recherches sur la création de patrimoines séparés par la seule volonté et en dehors des prévisions de la loi.

Section I. — Patrimoines à liquider 314
Section II. — Patrimoine à conserver. 316
Section III. — Patrimoines à administrer 341
Conclusion 361

Livre III.

Patrimoine et personnalité 366
Chapitre premier. — Patrimoines qui ne sont l'attribut ni d'une personne physique unique ni d'une personnalité morale. 368
§ 1er. Patrimoines à liquider 368
§ 2. Patrimoines à conserver 371
§ 3. Patrimoines à administrer 375
I. — La communauté conjugale 377
II. — Sociétés de commerce par intérêt 388
III. — Sociétés civiles 394
IV. — Associations non déclarées. 410
Appendice 417
Chapitre II. — Patrimoine et aptitude à avoir des droits pécuniaires. 419
Chapitre III. — Le patrimoine est-il complètement indépendant de la personnalité 442
Chapitre IV. — Les sujets juridiques des droits qui, groupés, forment des patrimoines 458

Conclusion.

Critique théorique de la méthode classique. — Quelles sont les fautes de logique qui l'ont amenée à des résultats erronés ? — Le rôle de construction juridique et la notion de patrimoine 481
Bibliographie. 497
Table des Matières 499

Paris. — Arthur ROUSSEAU, Editeur.

ERRATUM

Page 4, ligne 19,	*au lieu de* :	Il y a là,	*lire* :	C'est.
— 4, note 1, ligne 7,	—	Metzlény,	—	Meszlény.
— 4, ligne 8,	—	*zun,*	—	*zum.*
	—	Dab,	—	Das.
	—	Vermogen,	—	Vermögen.
— 4, ligne 9,	—	Schwizerischen	—	Schweizerischen
— 10, ligne 1,	—	tous	—	tout.
— 10, note 1, ligne 1	—	Neumer,	—	Neuner.
— 5	—	person,	—	Person.
— 6	—	Rechts Persönlichkeit, *lire* Rechtspersönlichkeit.		
Page 14, dernière ligne,	—	ils recueillent, *lire* : il recueille.		
— 18, ligne 21,	—	la,	—	le.
— 22, note 1, ligne 6,	—	et was,	—	Etwas.
— 23, ligne 12,	—	lieu,	—	lien.
— 27, ligne 2,	—	p. 90 : Im,	—	p. 90 : « Im.
27, ligne 8 et note 1 ligne 1	—	Neumer,	—	Neuner.
— 33, ligne 1,	—	notion d'un d'un,	*lire* :	notion d'un.
— 37, ligne 5,	—	ensemple,	—	ensemble.
— 39, ligne 10,	—	les,	—	des.

— 41, le signe (2) placé avant « Cuq » doit être reporté avant les mots : « Sur la théorie ».

Page 43, note 1, *au lieu de* : Schossmann, — Schlossmann.
— 50, note, ligne 6, — cultu erscheinung, *lire* : Culturerscheinung.
— 51, ligne 9, — de, *lire* : du.
— 52, note, ligne 10, — devenu, — devenue.
— 53, ligne 17, — le, — la.
— 53, ligne 19, — Paripia, — Papiria.
— 61, ligne 2 de la note 4, intercaler le mot « das » entre gesammte et für ; *lire* : gesammte *au lieu de* : gesamte.
— 62, ligne 10, *au lieu de* : exercé, *lire* : exercée.
— 64, — 13, — *fratera fratre*, — *frater a fratre*.
— 65, note 1, ligne 1, — faillites, — faillite.
— 66, ligne 4, — *maternis*, — *materni*.
— 66, dern. ligne, — lieu, — lien.
Page 67, ligne 7, au lieu de : peuple, lire : pécule.
Page 68, ligne 8, *au lieu de* : d'un, *lire* : de.
— 70, — 11, — Ainsi, — Aussi.
— 71, — 6, — ;, — ,.
— 73, note 1, ligne 3, — yuliano, — Juliano.
— — — 5, — defunct, — defuncti.
— note 2, — 1, — Hie, — Hic.
— 74, ligne 2, virgule à supprimer.
— 74, ligne 10, *au lieu de* : addition, *lire* : adition.
— 75, ligne 6, note 1, — comparé, — comparées.
— 75, ligne 7, *id.* virgule à supprimer.
— 77, note, ligne 4, *au lieu de* : jnristichen, *lire* : juristichen.
— 77, note, dern. ligne, — kirchenrechts, — Kirchenrechts.
— 78, ligne 9, — ou, — et.
Page 83, ligne 22, au lieu de : patrimoine, lire : droit.
Page 85, ligne 23, virgule à supprimer.
— 91, — 14, *au lieu de* : indivipualité, *lire* : individualité.
— 91, — 15, — a, — à.
— 96, — 3, virgule à supprimer.
— 96, — 19, virgule à supprimer avant :.
Page 97, ligne 8, au lieu de : rappellent, lire : renferment.
Page 100, ligne 16, *au lieu de* : permettent, *lire* : permette.
— 103, ligne 12, — Titius et Cie, — Titius et Sii.
— 107, — 14, — faits, — fait.

Page 109, ligne 11, une virgule manque après « Genossenschaft ».
— 112, — 5, *au lieu de* : nait, *lire* : ne nait.
— 112, — 10, — ;, — :.
— 112, — 19, — avec elle. se, — avec elle, se.
— 112, note 1, ligne 1, — uriales. — curiales.
— 115, ligne 12, placer une virgule avant le mot « caractéristiques ».
— 116, ligne 18, *au lieu de* : bien. *lire* : biens.
— 116, ligne 15, virgule à supprimer.
— 120, ligne 7, mettre « par cette étude même » entre deux virgules.
— 126, ligne 15, mettre un point après le mot « droit ».
— 128, ligne 1, *au lieu de* : tous, *lire* : tout.
— 129, dernière ligne, — s'harmonie, — s'harmonise.
— 131, ligne 23, — avenir, — à venir.
— 135, la virgule placée après « et » devrait être avant.
Page 136, ligne 2, au lieu de : inaliénabilité, lire : aliénabilité.
Page 136, ligne 6, *au lieu de* : a *lire* : à.
— 142, — 4, reporter le point d'interrogation placé après le mot : « possible » jusqu'après le mot « défendre ».
Page 144, ligne 6, au lieu de : Il n'est pas inutile, lire : N'est-il pas inutile.
Page 144, ligne 20, reporter la virgule après le mot venir.
— 145, ligne 9, *au lieu de* : qu'on, *lire* : qu'ont.
— 149, ligne 20, — ajout-t-elle, — ajoute-t elle.
— 150, ligne 4, — concerne, — conserve.
— 154, note, ligne 18, fermer la parenthèse après : « *français.* »
— 156, ligne 1, *au lieu de* : lieu, *lire* : lier.
— — 11, — influencés, — influencées.
— 157, — 10, — montrer, — entraîner.
— 166, — 11, — ne, — se.
— 166, — 15, virgule à supprimer.
— 168, — 2, *au lieu de* : héridité, — hérédité.
— 171, — 19, — hériter, — héritier.
— 171, — 29, — un, — une.
— 172, — 9, — de, — ce.
— 176, — 4, — si, — de.
— 183, note 1, ligne 11 — Nous n'avons, — Nous n'avons pas.

Page 184, ligne 2, après Cassation suppléer : (3).
— 184, ligne, 3, *au lieu de* : de poursuivre, *lire* : de le poursuivre.
— 184, — 16, — sustème dès, — système des.
— 190, — 14, — un détriment, — au détriment.
— 191, fin de la ligne 4, ajouter : (1).
— 201, ligne 20, *au lieu de* : acquérer, *lire* : acquérir.
— 201, ligne 23, — contracté, — contractée.
— 204, ligne 14, — obtenu, — obtenue.
— 204, note, 1, lig. 2, — Comet, — Colmet.
— 211, note 1, ligne 3, *au lieu de* : que le réduit, *lire* ; que se réduit.
— 218, ligne 24, — héritiars, — héritiers.
— 222, ligne 8, — paru, — parut.
— 226, ligne 14, (2) à supprimer.
— 228, ligne 10, *au lieu de* : un *patrimoine*, *lire* : au *patrimoine*.
— 241, ligne 5, — hate, — haute
— 242, ligne 17, — universalité, — universalités.
— 242, ligne 25, virgule à supprimer.
— 244, ligne 8, *idem*.
— 244, ligne 24, *au lieu de* : tels, *lire* : telles.
— 244, — 24, — permettent, — permette.
— 245, lignes 8, 15 ; note 3, lignes 1 et 5, *au lieu de* : anormal, *lire* : anomal.
— 245, note 3, ligne 2, *au lieu de* : universel. Aubry et Rau, *lire* : universel : Aubry et Rau.
— 246, ligne 2, après « de cujus », mettre : (4).
— 246, ligne 15, *au lieu de* : appartenus, *lire* : appartenu.
— 246, ligne 25, virgule à supprimer.
— 247, ligne 8, *au lieu de* : fideicommissoires, *lire* : fideicommissaires.
— 248, ligne 22, — la donataire, — le donataire.
— 250, ligne 10, la virgule placée après les mots : « en concours » devrait se trouver avant.
— 256, ligne 18, *au lieu de* : employerons, *lire* : emploierons.
— 257, ligne 14, — :, — ;.
— 257, ligne 21, — traité, — traitée.
— 258, — 8, — :, — ;.
— 258, ligne 13, — ne, — de.

Page 259, ligne 12, *au lieu de* : que ne retrouveraient point, *lire* : qui ne se retrouverait point.
— 260, ligne 22, le mot « en » est à supprimer.
— 266, — 7, *au lieu de* : client, *lire* : clients.
— 270, — *idem*, — Vermogen, — Vermögen.
— 270, ligne 21, — maintenu, — mpintenus.
— 273, — 12, — A considérer, — « A considérer.
— *id.* — 22, — concernait — concernent.
— 275, — 6, — exécutés, — exécutée.
— *id.* — *id.* — pourraient, — pourrait.
— 278, ligne 1, le mot « été » est à supprimer.
— 278, note 2, *au lieu de* : 1893, — 1883.
— 281, ligne 11, — savons (1). un, — savons (1), un.
— 284, dernière ligne, — partie, Une, — partie, une.
— 285, ligne 16, — imprescribilité — imprescriptibilité.
— 287, note 1, ligne 5, — Heinard, — Hémard.
— 288, ligne 15, — opposé, — opposée.
— 289, ligne 6, — lamille, — famille.
— 289, ligne 17, — purements, — purement.
— 291, ligne 10, — supérieur, — supérieure.
— 291, ligne 26, — insaissisabilité — insaisissabilité.
— 296, ligne 11, — Defait, — De fait.
— 298, ligne 13, — avait, — avaient.
— 303, ligne 19, — payé, — payée.
— 309, ligne 17, — persuadé, — persuadée.
— 311, ligne 8, — dettes, — créances.
— 314, note 1, virgule à supprimer.
— 331, ligne 10, *au lieu de* : vance, *lire* : d'avance.
Page 332, ligne 24, au lieu de : négative, lire : affirmative.
Page 334, ligne 16, *au lieu de* : drots, *lire* : droits.
— 335, ligne 11, virgule à supprimer.
— 340, avant-dernière ligne, *au lieu de* : interprété, *lire* : interprétée.
— 341, dern. ligne, *au lieu de* : fondation, *lire* : fondations.
— 354, ligne 8, — indépenrdantes, — indépendantes.
— *id.* note 1, ligne 1, — Zweckvermogen, — Zweckvermögen
— 355, ligne 28, — fonds, — fond.

Page 356, note 1, lig. 7, *au lieu de* : attendait, *lire* : attendaient.
— 359, ligne 29, — plut, — plus.
— 368, ligne 3, — elle sera, — elle ne sera.
— 368, ligne 14, — au même, — aux mêmes.
— 368, ligne 25, — envisagés, — envisagées.
— 370, note 1, ligne 1, — Mésleny, — Meszlény.
— 372, ligne 23, *au lieu de* : ne pourrait, *lire* : ne pourrait-elle.
— 373, — 24, — conservataire, — conservatoire.
— 380, dernière ligne, — assimilés, — assimilées.
— 384, ligne 3, — aie, — ait.
— 387, ligne 4, après « jurisprudence », mettre : (1).
— 391, ligne 1, *au lieu de* : et, *lire* : il.
— 393, avant-dernière ligne, — distint, — distinct.
— 395, notes, ligne 7, *au lieu de* : partverschips, *lire* : partnerschips.
ligne 9, — affcctss, — affectés.
— 397, ligne 8, — pas le plus, — pas « le plus.
— 397, ligne 15, — soustrait, — soustraie.
— 399, ligne 11, — m'engager, — ni engager.
— 402, ligne 2, — approchés, — approchées.
— 407, ligne 6, — un, — une.
— 416, avant-dern. ligne, — de soustraire, — de soustraire l'association.
— 423, ligne 27, — droit, — droits.
— 425, ligne 11, — patimoine, — patrimoine.
— 426, — 19, — on en, explique-t-il, est arrivé, *lire* : on est arrivé, explique-t-il.
Page 429, ligne 1, après « but » fermer la parenthèse.
— note 2, ligne 15, *au lieu de* : Houdelsrecht, *lire* : Handelsrecht.
— note 2, ligne 14, intercaler entre « für » et « Gesammte » le mot « das ».
— note 2, ligne 16, *au lieu de* : Lhere, *lire* : Lehre.
— dernière ligne et page 430, *au lieu de* : juristiches, *lire* : juristiche.
Page 430, ligne 9, *au lieu de* : Neumer, *lire* : Neuner.
— 433, dernière ligne — un, — en.
— 442, note 1, ligne 1, — Vesmögen, — Vermögen.
— 448, ligne 7, — tout doit doit, — tout droit doit.

Page 448, ligne 15, *au lieu de* : indépendance, *lire*: interdépendance.
— 451, ligne 7, — ne, — se.
— *id.* — 8, — doivent, — doive.
— 452, ligne 11, — passé, — passe.
— 455, ligne 11, — la, — l'a.
— *id.* ligne 14, — tenu, — tenus.
— *id.* dernière ligne, — *plns*, — *plus*.
— 456, ligne 13, — arrivés, — arrivé.
— *id.* ligne 24, — par le fait de la, — lors de la.
— 457, ligne 3, — les questions, — la question.
— 461, dernière ligne, « à supprimer.
— 468, ligne 10, *au lieu de* : on n'en, *lire* : on en.
— 471, ligne 10, — attribuent, — attribue.
— 472, ligne 15, point d'interrogation après « réelle ».
— 479, ligne 2, *au lieu de* : séparé, *lire* : séparées.
— 484, ligne 10, — présentent, — présente.
— 485, dernière ligne, — ces, — ses.
— 488, ligne 13, — envisage, — envisagent.
— 489, ligne 26, — elle, — elles.
— 492, ligne 24, — s'arradient, — s'irradient.
— 498, ligne 5, Mesleny, — Meszlény.
— *id.* *id.* — Vermügen, — Vermögen.
— 500, ligne 10, — « fin ne notre notre ancien », *lire* : « fin de notre ancien. »
— 501, ligne 23, *au lieu de* : 000, *lire* : 239.
— 501, ligne 30, — ferme, — femme.